CURSO COMPLETO ELEMENTAL

DE

DERECHO ROMANO

QUE COMPRENDE

LA HISTORIA EXTERNA; LA HISTORIA INTERNA O ANTIGÜEDADES, Y LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO ANTES REFERIDO.

Formado de las doctrinas de las mejores obras extrangeras especialmente de las escritas por HUGO, NIEBUHR, SAVIGNY, WARKOENIG, HAUBOLD, Y MACKELDEY, *para uso de los estudiantes legistas de las universidades de España.*

POR

Don Ruperto Navarro Zamorano, Don Rafael Joaquin de Lara y D. José Alvaro de Zafra.

ABOGADOS DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID.

TOMO III.

INSTITUCIONES.

MADRID:
Imprenta del Colegio de Sordo-Mudos.
1842.

INSTITUCIONES

DE

DERECHO ROMANO.



PARTE GENERAL.

SECCION PRIMERA.

IDEAS GENERALES DEL DERECHO ENTRE LOS ROMANOS.

§. 412 *Del Derecho y de la Justicia (Jus et Justicia).*

EL derecho entre los romanos reducido á sus mas simples elementos descansaba sobre la moral, y la libre apreciacion de lo que es bueno, y honesto (1). El caracter de exigibilidad no era uno de sus atributos esenciales; (2) *jus et ars boni et æqui* decian ellos, y en este sentido exije Ulpiano de los jurisconsultos considerándolos como ministros de la justicia, que hagan á los hombres no solo exteriormente justos, sino interiormente buenos (3).

---

(1) *Ciceron* De off. I. 28.-Hugo *Derecho Naturat* 4.ª ed. §· 15.

(2) Aunque los romanos conocieron la diferencia entre los deberes exteriormente exigibles y no exigibles, Ciceron de off. I. 3.-Séneca *De ira* I, 27.-fr. 144 pr. D. L. 17. *Non omne quod licet honestum est.*-fr. 197, ib.-fr. 42 pr. D. XXIII, 2- fr. 1, §. 5, D. L. 13... no hacian sin embargo una distincion tan rigorosa como los modernos, entre la moral y el derecho natural, y nunca sostuvieron que la exigibilidad del derecho constituyese su principal carácter. Por esta razon establecieron tres preceptos principales en el estudio del derecho: *Juris præcepta hæc sunt: honeste vivere, neminem lædere, suum cuique tribuere*, §. 3, J. 1, 2.-fr. 10, §. 1. D. I, 1.

(3) Fr. 1, pr. D. I. 1.

Entre ellos era la jurisprudencia el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo, y de lo injusto, *divinarum atque humanarum rerum notitia justi atque injusti sciencia* (1) y la *justicia* la hacian consistir no tan solo en la legalidad exterior de las acciones sino tambien en la conformidad de las acciones externas con los preceptos del derecho, conformidad que tenia por base el impulso interno y la libertad de la voluntad. (2).

§. 413. *Del derecho público y privado (jus publicum et privatum.)*

Con relacion á su objeto dividian los romanos la jurisprudencia en ciencia *del derecho público (jus publicum est quod ad statum rei Romanæ spectat)* y en ciencia del *derecho privado (jus privatum est quod ad singulorum utilitatem)* (3).

§. 414. *Del derecho natural, de gentes, y civil (jus naturale, gentium et civile).*

El derecho privado se subdividia en derecho natural de gentes y civil (*jus naturale gentium et civile*) (4).

1.° *Derecho natural* (*jus naturale*) llamaban los roma-

(1) §. L. 1, J. I, 1.-fr. 10, §. 2. D. I. 1.-fr. 2. D. I. 3.-C. 1, §. 1, C. I, 17.

(2) Pr. J. I. 1,-fr. 10, pr. D. I. 1. Justicia est constans et perpetua *voluntas* jus suum cuique tribuere.-Nov. 69 præf.

(3) §. 4. J. I. 1.-fr. 1, §. 2, D. I. 1.

(4) §. 4. J. I. 1-fr. 1. §. 2. D. I L. 1: Privatum jus tripertitum est, collectum enim est *ex naturalibus præceptis aut gentium aut civilibus.*

nos á todo lo que tiene su principio material en la naturaleza animal del hombre, y de consiguiente aquello que se manifiesta no solo en él, sino en los demas animales (1).

2.° *Derecho de gentes* (*jus gentium*), llamaban por el contrario, al conjunto de aquellos principios que se fundan en la naturaleza racional del hombre, y que estaban por lo mismo reconocidos como derecho por todos los pueblos civilizados de aquella época (2).

3.° *Derecho civil*, en fin, el que cada estado ha reconocido y establecido como suyo propio, el cual sin seguir extrictamente los principios de las dos primeras especies, tampoco se desvia absolutamente de ellas. Este derecho civil, como dice Ulpiano (3), se forma añadiendo ó quitando al

(1) Pr, J. I. 2,-fr. 1. §. 3. D. 1.: *Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit*, hanc jus istud non humani generis propium sed omnium animalium, quæ in terra, quæ in mari nascuntur avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminæ conjunctio quam nos matrimonium apellamus; hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus enim cætera quoque animalia, feras etiam istius juris peritia censeri-Cic. De inventio. II, 22.

(2) §. 1 J. I. 2-fr. 9. D. I. 1. *Jus gentium est quod naturalis ratio inter omnes homines constituit* id apud omnes peræque custoditur, vocatur jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur-Cf. fr. §. 4. fr. 2, 3, 4, 5. D. I. 1- Ciceron de offic. III. 5. Theophilo Ad inst. I. 2 Entre los romanos el jus gentium no era lo que nosotros llamamos *derecho natural* (aunque muchas veces se llama *jus naturale* v. g. §. II. J. 1. 2, 1.) si no es mas bien una abstraccion de los derechos positivos de todos los pueblos civilizados.

(3) Fr. 9. D. I 1: Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partin suo propio, partin communi omnium hominum jure utuntur. *nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit*, id ipsius propium civitatis est, vocaturque *jus civile* §. 1. 2. I. 2. fr. 6. pr. D. I. 1.-Jus *civile est quod neque in totum á naturali, vel*

derecho natural y al derecho de gentes; asi que el derecho natural consideraba al hombre como un animal; el derecho de gentes como un ser racional, y social, y el derecho civil como miembro de un Estado determinado.

§. 415. *Del derecho escrito y no escrito* (*jus scriptum et non scriptum*).

El derecho civil en el sentido que acabamos de exponer, se subdividia en *derecho escrito* (*jus scriptum*) y en *derecho no escrito* (*jus non scriptum*) (1).

Pero esta espresion *jus scriptum* se tomaba ordinariamente entre los romanos en el sentido gramatical comprendiendo en ella todo derecho escrito, sin distinguir si debia su origen á la ley, ó á la costumbre, el cual oponian al derecho consuetudinario (2), no escrito. En la actualidad se entiende ordinariamente por *jus scriptum* el derecho sancionado por las leyes, y por *jus non scriptum* el establecido por los usos y costumbres, esté ó no reducido á escritura.

SECCION SEGUNDA.

DE LAS PERSONAS.

§. 416. *Idea de la persona en general.*

La palabra persona en su acepcion principal denota un

gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid adimus vel detrahimus juri communi, jus propium id est civile efficimus.- Gajus I. 1.Cf. §. 11. J. I. 2.

(1) §. 3, J. I, 2.-fr. 6, §. 1, D. I, 1.

(2) Por esta razon entre los romanos los *edicta prætorum* y los *responsa prudentum* pertenecen al derecho escrito. §. 3-9. J. I. 2.

hombre á quien la ley mira como capaz de tener derechos (1), pero la jurisprudencia por medio de abstracciones, y ficciones ha dado mayor extension á esta idea, creando en el órden legal seres abstractos, y aun cosas que sin ser hombres, se consideran como personas toda vez que gozan de ciertos derechos. A esta extension es debida la division de las personas en físicas y morales, aunque á estas últimas se las ha debido llamar major jurídicas ó abstractas (2).

§. 417. *Homo qui plures personas sustinet.*

Tambien la palabra persona solo indica muchas veces la cualidad en cuya virtud tiene alguno ciertos derechos y está sometido á ciertas obligaciones (3). Sucede, pues, con frecuencia, que un hombre reune en su persona muchas de estas cualidades, y de aqui el que difieran entre sí sus diversos derechos y deberes. En este caso es necesario examinar bajo que carácter ó cualidad ha obrado, pues lo que ha hecho en tal concepto no puede perjudicarle bajo de tal otro (4), ni puede por otra parte transferir los privilegios que le pertenecieren por tal cualidad, á los derechos que tenga ó le correspondan por otra (5).

(1) Segun el derecho natural todo hombre como sea dotado de inteligencia es capaz de tener derechos, y por consecuencia es una persona. No asi en derecho positivo. El esclavo v. g. es un hombre, pero el derecho romano no reconocia en él alguna capacidad legal, ni le consideraba como persona. §, 4, J. I. 16.

(2) El derecho romano califica tambien la persona física de *persona singularis* en oposicion de *collegium*, *corpus*, *curia* fr. 9. §. 1. D. IV, 2.

(3) Bajo de este aspecto se distingue la persona pública (*persona pública*) de la persona privada (*persona pricata*) §. 5, J. I. 20.

(4) V. g. §. 4, J. II, 18-fr. 3. D. I, 7.-C. 26. C. V. 37.

(5) V. g. fr. 38. D. IV, 4.-C. II, 29.

CAPITULO PRIMERO.

DE LAS PERSONAS FISICAS.

§. 418. *De la capacidad en general.*

Una persona física es un hombre capaz de tener derechos: la capacidad legal del hombre consiste en las cualidades que debe poseer para que pueda adquirir y tener derechos. Esta capacidad es ó general, ó civil; para tener la capacidad general ó sea natural, basta solo ser hombre. El derecho romano llama hombre para este efecto al ser humano ya nacido siempre que tenga la forma de tal, aunque algunos de sus miembros sean imperfectos (*portentum et ostentum*), mas faltándole esta forma es considerado como monstruo (*mostrum*) é incapaz de adquirir derecho alguno (1). Por una ficcion del derecho al concebido, y no nacido, se le considera como nacido cuando se trata de su utilidad (*nasciturus pro jam nato habetur si de ejus commodo agitur*) y adquiere y conserva hasta su nacimiento todos los derechos que hubiera tenido ó adquirido si hubiese estado ya en el mundo al tiempo que estos derechos recayeron en él (2); mas para gozar de esta ventaja es necesario sea *hombre*, que nazca vivo, y pueda vivir ó no sea de parto prematuro (3).

(1) Fr. 14. D. I, 5.-fr. 38, 135. D. L. 16.

(2) Fr. 7. D. I, 5. Qui in utero est perinde ac si *in* rebus humanis esset custoditur, *quoties de commodis ipsius partus quæritur*, quamquam alii, antequam nascatur nequaquam prosit.-fr 26, D. ib.-fr. 231 D. L. 16.

(3) C. 2. 3, C. VI, 29. Por regla general no puede determinarse en qué caso se considera á un infante como capaz de vivir, aunque ordinariamente se dice que no puede serlo antes de los 182 dias, y se apoya esta opinion en los fr. 12 D. I. 5, y fr. 3, §. 12; D. XXX, 16; pero estos dos pasages no hablan de la *capacidad* de vivir, sino es el primero de la legitimidad, y el segundo de la ingenuidad de los hijos.

§. 419. *De la capacidad civil entre los romanos en particular* (1).- *Idea y especies del estado* (*status*).

Entre los romanos todo hombre no era una persona, ni toda persona gozaba del mismo grado de capacidad civil, la cual dependia de ciertas cualidades civiles determinadas por el derecho público y privado. La cualidad que determinaba la capacidad civil se llamó entre ellos *estado (status vel caput)* y se contaban tres estados diferentes.

1.° Para que un hombre pudiese en general tener derechos, y ser considerado como una persona habia de ser libre, en esta cualidad de hombre libre consistia el estado de libertad *(status libertatis)*; y de esta distincion vino la division de los hombres en libres y esclavos (2). Los hombres libres eran *ingenuos (ingenui) y libertinos (libertini)* estos se llamaban asi con relacion á su estado, y libertos *(liberti)* con relacion á su patrono (3).

2.° El hombre libre gozaba de todos los derechos establecidos por el derecho natural y de gentes *(jus naturale et gentium)* pero la libertad sola no daba la capacidad para ejercer los derechos políticos, y los derechos privados que se derivaban del derecho civil *(jus civile)* necesario era ademas para adquirir el ejercicio de estos derechos, que el hombre libre fuera *ciudadano romano*. Esta cualidad forma el *estado de ciudad (status civitatis)* y de ella emana la divi-

(1) Inst. I, 3-8,-Dig. I, 5.

(2) Gajus I, 9-. Pr. J. I. 3,-fr. 3, D. I, 5.

(3) Gajus I, 10-12-§. 5 J. I. 3.-fr. 5, D. I, 5.

sion de los hombres libres en *ciudadanos y extrangeros* (*cives et peregrini*) (1).

3.° El ejercicio pleno é íntegro de la capacidad civil ademas del estado de libertad, y ciudadania no podia tenerse sin pertenecer á una *familia (familia)*. El estado de familia *(status familiæ)* ó como llaman los jurisconsultos (*familiam habere*) tiene bajo la doble relacion que le admite el derecho romano, una significacion diferente.

(a) Para que un ciudadano romano pudiera adquirir por sí y gozar de los derechos civiles, y tener bajo su poder á otras personas, era necesario fuese *homo sui juris*, es decir, que no dependiese de nadie. En este concepto, el estado de familia consistia en el derecho de ser independiente de todo poder estraño *(sui juris esse)* y servia de base á la division de personas en *(hominis sui juris et allieno juri subjecti*. Para que un ciudadano romano pudiera ejercer ciertos derechos especialmente el derecho de sucesion legítima, y de tutela habia de ser agnado de la familia, de quien reclamaba estos derechos; y bajo este respecto el estado de familia (*status familæ*) consistia en la cualidad de agnado de determinada familia (2).

Estos tres estados guardaban entre sí la relacion siguiente. La libertad podia existir por sí, y para sí; el derecho de ciudadania dependia del de libertad; el de familia del de ciudad: asi que la pérdida de un estado subordinado ó dependiente de otro producia tambien la pérdida de éste. Simultáneamente con estos tres estados existia un cuarto: la consideracion intacta de ciudadano romano (*status ilesæ existimationis*) era para él, ó lo que es lo mismo, la condicion que le hacia digno de ejercer todos los derechos políticos, y civiles, tales como el derecho público, y privado de los romanos los habia establecido.

(1) Los (*latini*) formaban un grado intermedio entre los ciudadanos (*cives*) y los extrangeros (*peregrini*).

(2) Fr. 195, §. 2, 4, 5, fr. 196 pr. D. L. 16.

§. 420. *De los hombres que dependen ó de sí mismos ó de otros (homines sui juris vel alienijuris.)*

Hombre *sui juris* era el que no se encontraba bajo el poder de otro; llamábase tambien *padre de familia* (*pater familiæ*) *alieni juris ó alienojuris subjectus*, era el que se hallaba bajo el poder de otro, fuera ó no libre (1). El hombre *sui juris* podia ejercer por sí mismo todos los derechos y tener bajo su poder á otras personas. El que era *alieni juris* no pódia, al menos segun el derecho antiguo, adquirir y ejercer en general los derechos sino por medio de la persona de quien dependia, ni tener poder alguno sobre otro (2).

El poder ó autoridad, que un hombre *sui juris* ejercia sobre otro era de tres especies: 1.° La potestad, que comprende tanto el poder que tenia el señor sobre su esclavo *(potestas dominorum)* como el poder paternal sobre los hijos y nietos (*patria potestas*). 2.° *Manus*, ó el poder del marido sobre su muger con quien vivia segun el matrimonio romano. 3.° *Mancipium*, que era un poder semejante al que tenia un señor sobre su esclavo, se ejercia sobre un hombre libre por medio de la venta, y tradicion solemne (*mancipa-*

(1) Gajus I, 48-141-Ulp. IV et V, Inst. I, 8.-D. I, 6.

(2) Gajus II, 86, 96; III. 163-167-Ulp. XIX. 18. Inst. II, 9, III, 28 (29.) El derecho Justinianeo ha cambiado casi del todo este principio, porque despues de él el hijo de familias (*filius familias*) puede adquirir por sí casi todos los derechos.

tio), y servia principalmente para la emancipacion, y adopcion (*emancipatio et datio inadoptionem*). El derecho de Justiniano solo habla del poder dominical (*potestas dominorum*) y del poder paternal (*patria potestas*).

§. 421. *De la capitis diminucion (capitis diminutio.)*

La pérdida de un estado *capitis diminutio* como el mismo estado era de tres especies (1). 1.° La máxima (*capitis diminutio maxima*) se verificaba cuando se perdia la libertad, la cual naturalmente llevaba consigo la pérdida de los otros dos estados: 2.° La media (*capitis diminutio midiam*) por la pérdida del derecho de ciudadania que arrebataba tras sí el de familia; pero no el de libertad (2). 3.° La mínima (*capitis diminutio minima*, que tenia lugar cuando un ciudadano romano sin perder el estado de ciudad cambiaba de familia (3) lo que acontecia por la arrogacion (*arrogatio*)

---

(1) Gajus I, 158-163-Ulp. XI, 10-13-Inst. I, 16-D. IV, 5. El pasage principal sobre esta materia se halla en el fr. 11, D. IV, 5, *Capitis diminutionis* tria genera sunt, *maxima*, *media*, *minima*. Tria enim sunt quæ habemus libertatem, civitatem, familiam. Igitur, cum omnia hæc amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, *maximam* esse capitis diminutionem; cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, *mediam* esse capitis diminutionem; cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, *minimam* esse capitis diminutionem constat.

(2) Estas dos primeras especies de *capitis diminutio*, que Ulp. en el fr. 1, §. 8. D. XXXVIII, 17, llama *capitis dim. magna* en oposicion con la *tercera* que él llama *capitis diminutio minor* causaban entre los romanos la *muerte* civil, esto es, el que dejaba de ser libre ó ciudadano romano perdía todos los derechos civiles (*jus civile*) y debia ser considerado bajo este aspecto como si hubiera muerto, fr. 209, D. L. 17-§. I J. I, 12.

(3) Ulp. XI, 13 dice: Maxima capitis diminutio est per quam

(1) por la *conventio uxoris in manum mariti* (2) por la emancipacion (*emancipatio*) por la adopcion (*datio in adoptionem*) y en fin, en el caso de la dacion *in mancipium* y la *manumissio ex mancipio* (3) pues en todos estos casos la persona cambiaba de familia (*familia mutatur*). Por la muerte del gefe de una familia no se afectaba ni disminuia el estado de los que en su poder vivian; era pues necesario un hecho, que se deribase del derecho civil. El efecto general de la *capitis diminucion minima*, era perder el que la sufria (*capite diminutus*) los derechos de familia (*jura familiæ*) en aquella á que habia pertenecido hasta entonces como agnado (4).

§. 422. *De la consideracion civil. a. Nociones generales.*

La consideracion en general consiste en el aprecio de que un hombre goza por sus cualidades, y en el reconoci-

---

et civitate et libertate salva *status duntaxat hominis mutatur*. Gajus I, 162 et §. 3, J. I, 16 dice lo mismo.-Paul. fr. 11 D. IV, 5 se explica asi; cum et libertas et civitas retinetur, *familia tantum mutatur*, miniman esse capitis diminutionem constat. La razon porque el derecho romano, cuando se habla de la capitis *diminutio minima* dice *mutatur* y nunca *amittitur*, es porque el efecto de ella era dejar de pertenecer á una familia y entrar en otra, ó formarla de nuevo.

(1) Fr. 3, D. IV, 5-fr. 2. §. 2; fr. 40, pr. D. I. 7.

(2) Gajus I 162, III, 82,-84; IV, 38-Ulp. XI, 13.

(3) §. 3, J. I. 16-fr. 3. §. 1, D. IV, 5-fr. 23, D. I, 7. Sobre todo Gajus: Minima capitis diminutio est cum civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur, quod accidit in his qui adoptantur: item in his *qui mancipio dantur*; *quique ex mancipatione manumittuntur*; *adeo quidem ut quoties quisque mancipetur aut manumittatur*, *toties capite diminuatur*.

(4) Fr. 7. D. IV, 5-fr. 4. §. 10, D. XXXVIII, 10. fr. 11. D. XXXVIII. 1, 6, fr. 6. §. 1. D. XXXIII, 1.

miento público, que de las mismas se hace. Este reconocimiento y aprecio, cuando depende y descansa en el juicio público, se denomina *consideracion natural ó buena reputacion*; diferente de la *consideracion civil*, que consiste en la cualidad de ciudadano del Estado, y por la que se puede aspirar á todos los derechos y privilegios, que corresponden á su clase. La consideracion civil, es pues, consecuencia de la cualidad de ciudadano, y asi como el Estado la confiere, segun su voluntad, y tiene por base el reconocimiento de éste; asi tambien solo él y las leyes pueden restringirla ó quitarla á los que la poseen, sin que pueda otro alguno juzgar del derecho que á ella tengamos (1).

§. 423. *De la consideracion en derecho romano.*

La consideracion civil de que el ciudadano romano gozaba en concepto de tal, se llamaba *existimatio*, cuya integridad constituia el *status illæsæ existimationis* (2), que formaba la condicion de la plena capacidad ó mas bien de la dignidad de ciudadano romano para ejercer todos los derechos políticos y civiles, determinados por el derecho público y privado de Roma.

La *existimatio* podia perderse del todo (*existimatio consumitur*) como sucedia en los casos de la capitis diminucion máxima y media, pues por aquella dejaba el que la sufria de ser libre, y por consecuencia de ser ciudadano, condi-

(1) Fr. 5, §. 1. D. L. 13.
(2) Fr. 5, §. 1. D, L. 13: *Existimatio* est dignitatis illesæ status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritatem legum aut *minuitur* aut *consumitur*.

cion de toda *existimatio* (1), por esta se perdia tambien la capacidad de ejercer el derecho civil. Tambien podia disminuirse la *existimatio minuitur* sin dejar de ser ciudadano romano, disminucion que ocasionaba solamente la pérdida de algunos derechos civiles particulares (2). En el número de las personas que no gozaban plenamente del honor ó sea consideracion civil se contaban:

1.° Todos aquellos á quienes el edicto del pretor ó la ley designaba expresamente á causa de su profesion deshonrosa, ó de haber cometido algun crímen; tales personas no merecian gozar plenamente de la consideracion civil, y se les llamaba *infames quos lex notavit*, *qui infamia notati sunt* (3); esta especie de infamia se llama hoy *infamia juris.* Sobre esto deben hacerse algunas aclaraciones. Unas veces se incurria en la nota de infame desde el momento en que se estaba cierto de que alguno ejercia los actos marcados en la ley como tales; otras despues de una sentencia ó fallo judicial: en el primer caso bastaba para ser tenido por infame (*notatur qui fecerit*) adquirir la certeza de que se habia cometido la accion ó abrazado el ejercicio de la profesion infamante, sin que fuera necesaria la formacion de proceso, prohibida en muchos casos de esta especie (*infamia immediata juris*). Asi eran considerados los que por cierto precio ejercian la profesion de cómicos y la de gladiadores *qui artem ludicram faciunt* (4), los alcahuetes y *rufianes*

(1) Fr. 5. §. 2. 3. D. ibid.
(2) *Derechos políticos*: fr. 1. pr. D. XLVIII, 7-fr. 40, D. XLVII, 10-C. 2, 12, C. XII, 1.-fr. 1, §. 5, 6, D. III, 1... *Derechos civiles*: fr. 18, §. 1; fr. 20; §. 5.- fr. 26, D. XXIII, 2.-C. 27, C. III, 28.
(3) D. III, 2.-C. II, 12.
(4) Fr. 1. §. 6, D. III, 1-fr. 1.-fr. 2, §. ult.; fr. 3, D. III, 2.

qui lenocinium faciunt (1), las prostitutas públicas, *quæ palam quæstum faciunt* (2), los mayores de edad que faltaban á un pacto jurado y libremente consentido (3), los usureros (4), los polígamos (5), las viudas que contraian esponsales, ó se casaban dentro del año de los lutos ó primero desde la muerte de su marido (6), el tutor y curador que sin licencia del príncipe se casaba con su pupila, ó la daba en matrimonio á su hijo, y en este caso alcanzaba tambien á este la *infamia* (7), la mujer casada sorprendida infragante cometiendo el delito de adulterio (8), los deudores que por no hacer voluntariamente cesion de bienes en favor de sus acreedores, eran obligados á entregarlos á estos en pago *missio creditorum in bona* (9), y los soldados despedidos del servicio por causa ignominiosa, *ignominiæ causa* (10). Otras veces por el contrario, la infamia era la consecuencia de una condena impuesta por algun crímen de la pena en que se habia incurrido (*notatur qui damnatus erit infamia juris mediata*) y tenia lugar en todos los delitos públicos ordinarios y en algunos extraordinarios (11): en algunos deli-

(1) Fr. 1.; fr. 4, §. 2. 3. D. III. 2.-fr. 43, §. 6-9. D. XXIII. 2.
(2) Fr. 24. D. III. 2.-fr. 41. pr. fr. 43. pr. §. 1.-5. D. XXIII. 2.
(3) C. 41. C. II. 4.
(4) C. 20. C. II. 12.
(5) Fr. 1. fr. 13. §. 1.-4. D. III. 2.-C. 2. C. V. 5.-C. 18. C. IX. 9.
(6) Fr. 1. fr. 11. §. últ. fr. 12. fr. 13. pr. D. III. 2.-C. 2. C. V. 9.
(7) Fr. 66. pr. D. XXIII. 2.-C. 7. C. V. 6.
(8) Fr. 43. §. 12, 13. D. XXIII. 2.
(9) C. 11. C. II. 12.-C. 8. C. VII. 71.
(10) Fr. 1. fr. 2. pr. §. 1.-4. D. III. 2. C. 3.-C. XII. 36,
(11) Fr. 1. D. III 2-fr. 7. D. XLVIII. 1-fr. 1. 4. D. XLVII. 15.-fr. 1.-fr. 3. pr. D. XLVII. 12.-fr. 2. D. XLVII. 10.-fr. 4. §. 4. D. III. 2.- C. 12.-C. II. 12.

tos privados y principalmente en el robo, rapiña é injuria (*furtum, rapina, injuria*), aun en el caso en que el delincuente conviniese con la persona perjudicada en que no deduciria queja alguna, ó dejaria de ejercitar la accion que le correspondiera (1); finalmente, eran infames los condenados por causa de robo ó malversacion en aquellos contratos cuya base es la confianza personal, como son el mandato, el depósito, la sociedad y la tutela, *mandatum, depositum, societas et tutella* (2).

2.° Los que por su mala vida ó vil profesion (*vitæ turpido*) (aunque no fuera notada por la ley) merecian la pérdida del honor civil, y se hacian indignos del aprecio de sus conciudadanos. Los modernos, llaman á esta infamia *infamia facti* cuyos efectos eran por la última legislacion iguales á los de la *infamia juris* (3).

3.° Los tachados entre los romanos con alguna nota leve, *levis nota* reputándose únicamente por tales, los libertos y los hijos de los cómicos: no era tan rigorosa la censura legal contra estos, como contra los otros infames, pues que el efecto de la *levis nota* con que estaban manchados se reducia á no poder casarse con ellas ni los senadores ni sus hijos, y á no poder ser sustituidos herederos en perjuicio de los hermanos y hermanas del testador (4). Todos aque-

(1) §. 2. J. IV, 16.-fr. 1; fr. 4. § 5. D. III. 2.-fr. 7. D. XLVIII. 1.
(2) §. 2. J. IV. 16.-fr. 1. fr. 6. §. 5, 7. D. III. 2. fr. 56. D. XVII. 2. La simple falta, *culpa*, no causaba la infamia, §. 6. J. I. 26.-fr. 3. §. 18; fr. 4. §. 1, 2. D. XXVI, 10.-C. 9. C. V. 43.
(3) Fr. 3. pr. D. XXII, 5-fr. 2. D. XXXVII. 15-fr. 12. D. L. 2-C. 2. C. XII, 1-C 27. C. III, 28.
(4) Ulp. XIII, XVI, 2-fr. 44, pr. §. 5. D. XXIII, 2-fr. 5. D. XL, 11-C. 27. C. III. 28. El error que ha hecho nombrar *levis notæ macula* proviene de una mala inteligencia de la Const. 27 citada, en la cual la palabaa *macula* se refiere no solamente á *levis notæ*, si que tambien á *infamia* y á *turpido*.

llos cuyo honor natural y civil tenia mancha, ó no era puro se denominaban personas torpes, *personæ turpæ* (1).

§. 424. *Otras diferencias entre los hombres.*

Ademas de las cualidades de hombre sobre las cuales se basaba entre los romanos la capacidad moral y civil (§. 418 y 423), el derecho tiene tambien que considerar en el mismo hombre muchas otras cualidades, y relaciones, que forman ó la condicion de ciertos derechos, ó que sin constituir la condicion de capacidad de una persona influyen sobre sus derechos. Esta consideracion es suficiente para no confundir estas cualidades, con el estado (*Status*) como ordinariamente sucede (2); pues entre los romanos la palabra *estado* en su verdadero sentido, no se refiere á otra cosa que á la capacidad civil. Respecto á las cualidades y relaciones personales de un hombre que goza de la capacidad civil, y que ejercen una influencia sobre sus derechos, solo trataremos de aquellas que mas importa conocer en el derecho romano.

(1) El derecho moderno difiere en este punto enteramente del derecho romano.

(2) Los modernos entienden por las palabras *status hominis* generalmente todas las cualidades personales de que dependen ciertos derechos, y dividen el estado, en *natural status* (*naturalis*) y *civil* (*status civilis*). El primero se entiende de la capacidad natural (§. 418) y de otras cualidades físicas que influyen sobre los derechos; v. gr. el sexo, la edad, la sanidad; el segundo de la capacidad civil, en particular de los tres estados del derecho romano (§. 419) asi como de algunas otras cualidades civiles que influyen sobre los derechos, v. gr. el honor, la religion, la profesion, ejercen una influencia sobre sus derechos.

§. 425. *Por el sexo.*

Las personas, habida consideracion al sexo, se dividen en varones y hembras; aquellas cuyo sexo es dudoso se llaman hermafroditas, (*hermaphroditæ*) y se califican por el sexo que mas se distingue en ellas ó al que mas se aproximan. (1) Por regla general son iguales los derechos de ambos sexos; sin embargo, respecto de las mugeres admite la regla muchas excepciones (2).

§. 426. *Por la edad.*

La edad establece tambien cierta diferencia entre las personas, unas se dicen y tienen por mayores, otras por menores (*majores aut minores vijinti et quinque annis.*) El varon y la hembra son mayores cumplidos los veinte y cinco años; (3) los menores se dividen en puberos (*puberes adulti adolescentes*); *é impuberos* (*impuberes.*) (4) El hombre es

(1) Fr. 10. D. I, 5: ¿Quæritur hermaphroditum cui comparœmus? et magis puto ejus sexus extimandum, qui in eo prævalet. El fr. 15. §. 1. D. XXII, 5, contiene una aplicacion de este principio: hermaphroditus an ad testamentum adhiveri possit, qualitas sexus incalescentis ostendit.

(2) Fr. 9. D. I, 5—fr. 1, §. 5. D. III. I—fr. 1, 2. D. XVI. 1,—fr. 16, 18. D. XXVI, 1,—fr. 20, §. 6. D. XXXVIII, 1—§. 10, J. I, 11.

(3) C. 5. C. VI. 53. Por excepcion el menor es considerado como mayor, si obtiene la dispensa de edad (*venia ætatis*) es decir, si es declarado mayor por el Principe; para lo que se requiere sin embargo que el varon haya cumplido los 20 años y la hembra los 18.—C. 2. C. II. 45.

(4) Si el impubero es *sui juris*, se llama pupilo, (*pupilus*) fr. 239. pr. D. L. 16.—La edad de la impubertad, se llama tam-

puber cumplidos los 14 años; la hembra á los 12 tambien cumplidos (1); los impuberos de uno y otro sexo se llaman infantes (*infantes*) (2) hasta cumplir los 7 años: desde la edad de 7 años hasta la pubertad son ó *infantiae aut pubertati proximi* (3) segun que estan mas ó menos próximos á la infancia ó á la pubertad; la vejez, en fin, (*senectus*) que liberta ó exime de los cargos públicos, no comienza hasta haber cumplido los 70 años (4).

§. 427 *Por la sanidad ó robustez física.*

Considerados los hombres segun la sanidad ó robustez de su cuerpo se dividen en *sanos*, en *enfermos* (*morbo laborantes*) (5) *y en dolientes* ó constantemente *achacosos* (*vitio laborantes*) (6). Atendida la integridad del espíritu,

---

bien *prima ætas*; la de la pubertad hasta la mayor edad, *secunda ætas*. C. 30. C. I. 4.—C. I. C. VI. 26.—Nov. 72. præf. Hoy la palabra *puber* suele confundirse con la de *mayor*.

(1) Pr. J. l. 22.—C. 3. C. V. 60.

(2) C. 18. pr. C. VI. 30. infante, segun una justa etimología, significaba, *qui fari nondum potest*, fr. 65. §. 3. D. XXXI. 1. fr. 70. D. XLV. 1.—C. 26. C. VIII. 54.

(3) Fr. 111. pr. D. L. 17.—§. 10. J. III. 19. (20) §. J. IV. 1. fr. 14. D. XXIX. 5.

(4) §. 13. J. 1. 25.—fr. 2. pr. D. XXVII. 1.—fr. 3. D. L. 6. C. 10, C. X. 31.—C. 1. C. V. 68. Véase á Thibaut en los *archivos* etc. t. VIII. p. 74.

(5) Si la enfermedad imposibilita para toda clase de ocupacion se llama *morbus sonticus*. fr. 113. D. L. 16.

(6) Fr. 113. D. L. 16. fr. 101. §. 2. D. L. 16. (Comprendemos aqui los impotentes y los castrados *spadones et castrati*.)—fr. 128. D. L. 16. fr. 6. §. ult.—fr. 7. D. XXI. 1.—fr. 39. §. 1. D. XXIII. 3.—fr. 7. pr. §. 1. D. XXVIII. 2.—fr. 40. §. 2. D. l. 7.—§. 9. J. l. 11. Despues los sordos y los mudos, asi como lo sordo-mudos, §. 3. J. II. 12.—fr. 1. §. ult. D. XLIV. 7.—fr. 1. §. 3. D. III. 1.—fr. 4. D. XXIX. 1.—C. 10. C. VI. 22.

hay hombres que gozan de la plenitud de su razon, y otros que no gozan de ella, y á quienes falta la libre voluntad; estos ultimos son segun el estado y grado de la enfermedad que padecen, *furiosos* (*furiosi*) ó *locos* (*mente capti*) ó *dementes* (*dementes*) (1). A estos pueden agregarse bajo ciertos conceptos los *simples y estúpidos* (*simplici et stupidi.*)

§. 428. *Por el parentesco* (a). *Idea del parentesco.*

El parentesco (*cognatio*) es el vínculo entre dos ó mas personas unidas por una misma sangre. Sucede algunas veces que dos ó mas personas que no son verdaderos parientes en el sentido que acabamos de indicar, son reputados tales por la ley. El parentesco se divide pues, en *parentesco verdadero ó natural, y en parentesco ficticio ó civil.* Este último se forma por la adopcion (2) (aqui solo se tratará del primero (3).

§. 429. (b). *De las especies de parentesco.*

Los parientes naturales lo son, ó porqne descienden los unos de los otros mediata ó inmediatamente, ó porque descienden de un tronco comun; en el primer caso se for-

---

(1) Ciceron, Tusc. quaest. III. 5. Aquellos que han sido declarados *pródigos* por la justicia (*prodigi quibus bonis interdictum est*) se equiparán á los locos y furiosos en cuanto á la administracion de sus bienes. Fr. 1, pr. D. XXVII. 10.—§. 3, 4. J. 1, 23.

(2) F. 4. §. 2. D. XXXVIII. 10.—El derecho canónico trata de otra clase de parentesco espiritual (*cognatio spiritualis*); que se forma por el bautismo: y segun el derecho nuevo se contrae entre el bautizante y el padrino, y el bautizado y sus padres.

(3) Inst. III. 6.— D. XXXVIII. 10.

ma la línea directa (*línea recta*), y las personas que son parientes en línea recta se llaman *ascendientes y descendientes*, en esta forma; la série de personas de que yo desciendo, es mi línea ascendente (*línea superior seu ascendens*): las de aquellas personas que descienden de mí, forman la línea descendente (*línea inferior seu descendens*); en el segundo caso se forma la línea colateral (*línea transversa seu obliqua*) (1), y las personas que descienden de un tronco comun, se llaman colaterales (*ex latere venientes* (2). La totalidad de muchos parientes que descienden de un tronco comun (*stipes comunis*), se llama *estirpe* (*stirps*), genealogia, y esta puede á su vez dividirse en muchas líneas.

§. 430. c. *Grados de parentesco.*

La distancia que hay entre dos parientes se determina por *grados*. En el derecho romano cada generacion forma un grado, y asi son tantos éstos cuantas son aquellas, ó lo que es lo mismo, dos personas determinadas están en el grado de parentesco que marca el número de las generaciones, que han sido necesarias para formar entre ellas el parentesco: (*tot sunt gradus quot sunt generationes*) (3) asi pues, el

(1) Fr. 9. fr. 10. §. 9. D. ibid. El derecho canónico divide los colaterales en iguales ó desiguales, segun que distan ó estan distantes del tronco comun.

(2) C. 9. §. 1. C. V. 27.—Nov. 118. c. 2, 3. Cuando dos colaterales el uno viene inmediatamente del tronco comun, y el otro no, designan los romanos esta relacion de parentesco con la expresion bárbara *respectus parentalæ*, y las personas que son parientes de este modo se llaman parentum liberorumve locum obtinentes. §. 5. J. I. 10.

(3) El derecho romano sigue la misma regla en la computa-

padre y el hijo están en el primer grado; el abuelo y el nieto en el segundo; el hermano y la hermana tambien en el segundo; el tio y el sobrino en el tercero, y los hijos del hermano y de la hermana en el cuarto, etc. (1).

§. 431. d. *Del parentesco legítimo é ilegítimo.*

La legitimidad del parentesco natural nace de la union legítima de los padres; asi aquel es *legítimo* cuando esta lo es; y es *ilegítimo*, cuando por el contrario la union lo es tambien; hijos *legítimos* son, los nacidos de legítimo matrimonio; ilegítimos, los nacidos fuera de matrimonio; el derecho romano divide los hijos ilegítimos 1.° en *incestuosos* (*incestuosi*) ó nacidos de dañado y punible ayuntamiento (*ex damnato coito*) 2.° en *adulterinos* (*adulterini*) ó nacidos de adulterio; 3.° en naturales ó nacidos de cuncubina (2), y 4.° en *bastardos* (*vulgo quæsiti et spurii*) ó todos los otros hijos ilegítimos (3).

cion de grados en la línea ascendente y descendente; pero establece la regla siguiente para la computacion de grados en la colateral, "dos colaterales son parientes entre sí en igual grado que lo son con el tronco comun," en las líneas colaterales desiguales se indica en ambas el número de grados.—C. 2. C. XXXV. qu. 5.

(1) Fr. 1. §. 3-7; fr. 3. D. XXXVIII, 10.

(2) La expresion *liberi naturales* tiene una doble significacion en derecho romano. Se entiende por ella, 1.° los hijos nacidos de concubina en oposicion á los hijos legítimos, v. gr., *tít. C. de naturalibus liberis*. Nov. 89. c. 12. 2.° Los hijos procreados en oposicion á los hijos adoptivos, v. gr., §. 2. J. III, 1.

(3) §. 12, J. I, 10.—fr. 23. D. 1, 5.

§. 432. e. *De los agnados y cognados.*

Todas las personas unidas por el vínculo de la sangre se llaman *cognados*, en el sentido lato de esta palabra. Si el parentesco entre dos personas proviene del sexo masculino, y de nacimientos legítimos ó de legítima union, estos se llaman *agnados* en el sentido extricto. Si por el contrario proviene del sexo femenino, se llaman cognados, en el sentido extricto de esta palabra, y en éste es en el que se les opone á los primeros; de consiguiente el que es agnado de uno es tambien su cognado, mas no al contrario (1). El derecho romano sin embargo admitia cierta agnacion entre personas que no estaban unidas por el vínculo de la sangre; esta agnacion se formaba por un acto civil, como por *arrogacion, la adopcion*, (*la conventio in manum mariti*) (2). Toda agnacion, bien estubiese formada por la via natural, bien por la civil, se disolvia, segun el derecho romano, por la diminucion de estado; (*capitis diminutio*) (§. 421) pero el agnado natural no dejaba de ser cognado, aun cuando sufriese la *capiti sdiminutio*).

§. 433. f. *Especies de colaterales.*

Los colaterales que descienden de un mismo matrimonio, se llaman hoy y esclusivamente *germanos* (*germani*); los que descienden de una misma persona, que ha contraido dos distintos matrimonios, se llaman *consanguíneos* ó ulteriores

(1) §. 1, J. I, 15.-§. 1. J. III, 2.-fr. 10, §. 1.-4. D. XXXVIII, 10.-Gajus III, 10.-Ulp. XI. 4.

(2) §. 2. J. III. 2. Gajus III. 3.

(*consanguini et uterinei*), segun que el padre ó la madre les es comun; los modernos llaman tambien á estos *unilaterales ó ex uno latere junti* (1).

§. 434. g. *Del parentesco simple y doble.*

El parentesco es *simple ó doble*; simple, cuando los parientes lo son por un solo concepto, doble, cuando lo son por varios. Este último parentesco se establece ó existe 1.° cuando dos personas que son parientes entre sí, 2.° ó al menos que están en relacion de parentesco con un tercero comun, procrean hijos, 3.° ó cuando una sola y misma persona tiene hijos de dos personas que son parientes entre sí, 4.° y último, cuando dos personas que son parientes entre sí tienen hijos con otras dos que tambien lo son (2). No debe sin embargo confundirse el parentesco doble con el parentesco germano, porque éste es puramente simple, aunque generalmente se le mira ó considera como parentesco doble.

§. 435. 5. (*Por la afinidad*) a. *idea.*

La afinidad, (*affinitas*) es el vínculo que nace del matrimonio; existe entre cada uno de los cónyuges y los parientes del otro recíprocamente (3). La afinidad se funda en la

(1) Justiniano llama á los hermanos y hermanas germanos, *ex utroque parente conjuncti*, y á los consanguíneos y uterinos, *ex uno parente conjuncti sive per patrem solum sive per matrem*. Novella 118. c. 2. 3. fr. 10. §. 13. D. XXXVIII. 10.

(2) El parentesco doble puede tambien nacer de la union del parentesco natural, y el parentesco civil, v. gr. cuando un ascendiente adopta á su descendiente.

(1) Fr. 4. §. 3. D. XXXVIII. 10.

unidad, que nace del matrimonio, pues que confundiéndose las dos personas en una, puede decirse que cada uno se coloca respecto á los parientes del otro en el mismo grado que él está respecto á los suyos.

§. 436. b. *De los grados de afinidad.*

La afinidad no se establece por el nacimiento, sino es por el matrimonio, y por eso, hablando con propiedad, carece de grados (1), pero como la idea de la unidad de los esposos sirve de base á la afinidad, y segun ella el uno de los esposos está próximo á los parientes del otro como lo está éste mismo, se ha medido la distancia de la afinidad por los grados del parentesco (2), estableciendo la regla, que *una persona es afin de uno de los esposos en el mismo grado*, que es pariente del otro (3).

§. 437. 6. *(Por el domicilio)* a. *Idea del domicilio.*

El domicilio (*domicilium*) es el lugar en que cada cual establece su residencia fija (4). El domicilio es voluntario (*domicilium voluntarium*) cuando la eleccion del lugar en que uno fije la residencia depende de su voluntad; necesario (*domicilium necesarium*), cuando por una necesidad producida por la ley, se ve uno obligado á establecerse en determinado lugar.

(1) El fr. 4. §. 5. D. XXXVIII. 10. confirma esta idea en las palabras *gradus affinitatis nulli sunt.*

(2) El jurisconsulto Paulo fr. 10. pr. D. ibid. *jurisconsultus cognatorum gradus et affinium nosse debet.*

(3) C. 3. C. XXXV. quæst. 5.-C. 13, 14.-C. XXXV. quæst. 2.

(4) D. L. 1.-C. X. 39. El que no tiene domicilio fijo se llama derecho *vagamundo.*

Dos condiciones son necesarias para la fijacion del domicilio voluntario, 1.ª que se establezca realmente en un lugar, y 2.ª que se tenga la intencion de permanecer en él hasta que razones particulares determinen á abandonarle; la una sin la otra no bastan (1), y las dos juntas se requieren tambien para el cambio de domicilio (2). Constituyen domicilio necesario los desterrados en el lugar de su destierro (3), los soldados en aquel en que están de guarnicion (4); los funcionarios públicos en aquel en que ejercen sus cargos ó destinos; las mugeres casadas en el domicilio de su marido (*domicilium matrimonii*) (5), y los hijos mientras estan bajo la patria potestad en el de sus padres ó en el que con consentimiento de estos tienen fijada la residencia (6).

§. 438. b. *De la presencia y de la ausencia.*

Respecto del domicilio se dice que el hombre está *presente* ó *ausente*. Ausente es el que no está en su domicilio; sin embargo, con frecuencia se tiene por ausente á aquel, que aunque presente en el lugar de su domicilio por un obstáculo cualquiera v. gr. error ó prision está impedido

(1) Fr. 17. §. 13. D. L. 1. Sola domus possessio, quæ in aliena civitate comparatur, domicilium non facit.-fr. 27. §. 1. D. ibid.-C. 7.-C. X. 39.

(2) Fr. 20. D. ibid. Domicilium *re et facto transfertur*, *non nuda contestatione.*

(3) Fr. 22. §. 3.-fr. 27. §. 3. D. ibid.

(4) Fr. 23. §. 1. D. ibid.

(5) Fr. 22. §. 1. fr. 38. §. 3. D. ibid.-C. 9.-C. X. 39.

(6) Fr. 3. 4. D. L. 1. El fr. 6. §. 1. ibid. no contradice esta doctrina, porque solo habla del *forum originis* de los romanos.

del ejercicio legal de sus derechos (1). La ausencia del domicilio es necesaria ó voluntaria, y en la una y otra especie, la causa buena ó al menos no vituperable, ó la causa reprobada, ejercen bastante influencia. Ademas de esto, la ausencia se califica de honorífica, de irreprensible y de deshonrosa (2).

§. 439. 7. *Por el estado y la profesion.*

La diversidad de estado, y de profesion ejercen igualmente gran influencia sobre el derecho privado. El derecho romano, concediendo ciertos derechos al soldado (*Miles*), ha favorecido sobre todos los estados al militar (3), comprendiendo bajo este nombre á los marinos, ó aquellos que militaban en las flotas, pero no á los licenciados, ni á los reclutas, ni á las otras personas empleadas en el ejército, que no estaban filiados en las banderas (4). Los que no seguian la profesion militar eran designados en el derecho romano, bajo el nombre de *pagani* ó *privati* (5).

§. 440. 8. *Por la religion.*

Segun la religion que el ciudadano romano seguia ó á la que pertenecia, era tenido por cristiano (*fidelis*) ó no cristiano (*infidelis*), los cristianos se dividian en ortodoxos

(1) Fr. 124, §. 1. D. L., 17. *Furiosus absentis, loco est.*
(2) D. IV 6.
(3) D. XXIX y XLIX. 16-C. XII, 36.
(4) Fr. un. §. 1, 2, D. XXXVII, 13.
(5) C. 19.-C. II, 3. Lampridius: *in vita Alexandri Severi*, c. 58; nec unquam ad *privatos* pertinerent.

(*orthodoxi catholici*) y en herejes (*heretici*), estos eran los que no reconocian los dogmas de los Sínodos ó concilios ecuménicos (1). Entre los no cristianos se distinguian los judios de los apóstatas (*apostatæ*). Las leyes de los emperadores romanos cristianos contienen disposiciones excesivamente crueles contra los apóstatas y herejes (2). La posicion civil de los judios fue y aun hoy es muy diversa.

§. 441. IV. *Como concluye la existencia de una persona.*

La existencia de una persona se acaba por la muerte *física* (3) ó *civil* de la misma. Respecto á la vida y á la muerte de una persona es necesario hacer notar esta regla, »que no se presume ni la vida ni la muerte de un hombre,» asi pues, el que pretende convencer, que un hombre ha existido ó existe, está obligado á suministrar pruebas de ello, y cuando lo hace, ésta creencia dura, hasta que se pruebe la muerte del mismo. Sin embargo, algunas legislaciones han establecido, fundándose en el derecho romano, que un ausente cuya vida y paradero se ignoran, puede declararse como muerto por el juez á peticion de los interesados, si han probado que á no haber muerto tendrá entonces 70 años cumplidos. Si por un mismo tiempo perecen muchas personas, sin que pueda determinase cual ha muerto primero, debe distinguirse; (á). si se trata de padres y de hijos sin hacer diferencia en la especie de muerte de todos ellos; en este caso se reputa que el hijo impuber ha muerto antes que

(1) Nov. 131. c. 1.
(2) Cod 1, 5, 7, 9, 11.--*Cod. Theod.* XVI, 7, 8, 10.--Tit X, 5, 7.
(3) Se llama ordinariamente muerte natural, pero esta expresion se opone muchas veces á la de muerte *violenta*.

los padres, y el hijo puber despues que estos, b) si se trata de personas, que no son entre sí padres é hijos, y que el derecho de una de ellas está por su naturaleza subordinada á la condicion de la muerte de la otra, por ejemplo, en caso de sucesion ó de legados entonces no puede invocarse este derecho sin probar la muerte anterior de la persona, que lo ha transmitido; mas si una persona ha recibido de otra una cosa, cuya adquisicion irrevocable depende de la no revocacion del acto durante su vida, en este caso se presume que ha muerto primero el donante, y no ha lugar á reclamar lo que aquel habia entregado; tal es el caso de una donacion entre los esposos (*donatio inter virum et uxorem*), y de una donacion á causa de la muerte (*donatio mortis causa.*) (1).

CAPITULO II.

DE LAS PERSONAS JURIDICAS.

§. 442. I. *Idea de la persona jurídica en general.*

Todo cuanto en el Estado ademas del hombre es considerado como capaz de tener derechos, se llama persona *jurídica, moral ó ficticia.* Son personas morales el mismo Estado, el príncipe cuando se le considera como depositario del poder soberano (2). Todo empleo público, por los derechos que le son inherentes; el fisco, las comunidades de toda especie, los establecimientos y asociaciones piadosas (*piæ causæ*), reconocidas y autorizadas por el estado, y en fin, la he-

(1) Fr. 8, fr. 9, §. 3. D. XXXIV, 5.
(2) Fr. 56 57, D. XXXI, fr. 20, §. 1. D. XXXIII, 1.—Nov. 134 c. 6.

rencia de un difunto, mientras no se ha cedido ó admitido por un heredero, (*hæreditas jacens*) (1).

§. 443. II. *De las comunidades en particular* (2).

Una comunidad (*universitas corpus colejium*) es una reunion de muchas personas, autorizada por el estado, y reconocida como persona moral para un fin lícito, y por un tiempo en lo general mucho mayor, que el de la vida de los asociados. La comunidad *considerada como un todo*, se la personifica y se presenta asi como capaz de adquirir derechos por sí y para sí, enteramente distinta de los miembros, considerados como personas físicas. La comunidad ó asociacion no puede formarse sino bajo la autorizacion del estado, y el derecho romano exige para su constitucion la concurrencia al menos de tres personas, cuyo número no era necesario para su continuacion (3). Una vez legalmente constituida la comunidad, permanece siempre la misma, aun cuando varíen las personas que la componen (4). Una comunidad puede como persona moral poseer y adquirir derechos; y todos cuantos son indispensables para su existencia, otros tantos la pertenecen desde el momento en que se halla válidamente constituida. Pertenécela, pues, el dere-

(1) Fr. 34. D. XLI, 1.
(2) D. III, 4; XLVIII, 22, L. 1, 4, 5, 6, 8, 9.
(3) Fr. 1, pr. §. 1; fr. 85, D. L. 16. *Neratius Priscus tres facere existimat collegium* fr. 7. §. 2, D. III, 4.
(4) Fr. 7. §. 2. D. III, 4: In universitatibus nihil refert utrum omnes iidem maneant an parst maneat vel omnes inmutati sint. Sed si universitas ad unum redit, magis admititur posse eum convenire et conveniri, quum jus omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis.

cho de recibir nuevos miembros, de nombrar gefes y funcionarios que la gobiernen y representen, de tener una caja comun, y de darse asi propia las reglas ó estatutos que la rijan (1). Hoy se reconoce igualmente en las comunidades, cuyos intereses son manejados por gefes, los mismos derechos concedidos á los menores (*jura minorum*) (2). El príncipe puede ademas conferir otras prerogativas á una comunidad, tales son, la de jurisdiccion propia, la de sucesion recíproca entre sus individuos, y otros privilegios y franquicias. Asi como una comunidad es capaz de adquirir derechos reales y personales, asi tambien puede obligarse pero ni estos derechos ni estas obligaciones pertenecen á los individuos de la misma, sino á la asociacion considerada como persona moral (3), si bien aquellos pueden disfrutar de los bienes de la comunidad ó de los bienes de ésta como parte del objeto á que estan destinados (4). Los intereses de la comunidad, asi como cuanto concierne á su gobierno y administracion son manejados en virtud de los acuerdos ó decisiones de la misma. La manera de formar estos acuerdos, varía segun los varios estatutos por los que la sociedad se gobierna, y si en estos no estuviera resuelto, han de convocarse todos los individuos de la misma que tienen voz y voto, teniéndose por resolucion el acuerdo de la mayoría

(1) Fr. 1. §. 1. D. III, 4.
(2) Arg. C. 3. C. XI. 29.-C. 4, C. II. 54.
(3) Fr. 7. §. 1. D. III, 4: Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent, §. 2. J. III, 1.
(4) Estos bienes se llaman entonces, *res universitatis* en un sentido extricto, y en oposicion al *patrimonium universitatis* del que no pueden usar los miembros de la corporacion; pero cuyos productos sirven para atender á las necesidades de la misma.

de los presentes, con el que deben conformarse los que disientan ó no asistan (1). Asi es como deben tomarse todas las resoluciones que conciernan ó digan relacion á la enagenacion y division de los bienes comunes entre los miembros de la asociacion, atemperándose sin embargo á las reglas marcadas por la ley respecto á la enagenacion de los bienes.

La comunidad concluye, ó porque ha llenado el fin de su creacion, ó por falta de individuos, que pertenezcan á la misma, ó porque el estado acuerde su disolucion (2); en cuyo caso si la asociacion fue instituida para un objeto de utilidad pública, sus bienes pertenecen al estado, mas si su objeto ó fin era puramente particular, han de dividirse aquellos entre los individuos que pertenecian á la misma al tiempo de su disolucion.

§. 444. III. *Del fisco.*

El tesoro público, opuesto á la fortuna particular del príncipe, se llama *fisco* (3), el que se considera siempre en el derecho como una persona moral. No solamente el fisco tiene derecho á todas las rentas ordinarias y extraordinarias del estado á las cuales pertenecen tambien los bienes vacantes (*bona vacantia*), sino es que tiene otras varias prerogativas y privilegios (4) de los que hablaremos en sus res-

(1) La opinion mas general es, que cuando los estatutos de la sociedad no hablan nada sobre este extremo; para constituir acuerdo deben estar presentes al menos las dos terceras partes de ella, y se tiene por resolucion el voto de la mayoría.
(2) Fr. 7. §. 2. D. III, 4.
(3) Paulo Rec. Sent. V. 12. D. XLIX, 14.
(4) Estos privilegios pertenecen tambien por derecho romano al patrimonio del príncipe y de la princesa. fr. 6. §. 1 D. XLIX, 14.

pectivos lugares; por ahora basta establecer la siguiente regla, que en las contestaciones que ocurran entre el fisco y los particulares, en caso de duda ha de decidirse *contra el fisco* (1).

§. 445. IV. *De los establecimientos de beneficencia*,

Llámase establecimiento de beneficencia (*pia causa*), toda institucion que tiene por objeto propagar la piedad, socorrer á las personas necesitadas é instruirlas ó educarlas en las artes ó en las ciencias (2). Pero estos establecimientos no pueden ser considerados en derechos como personas morales, sino es despues que han sido autorizados, ó confirmados y reconocidos por el Estado; (3) sin este requisito no tiene capacidad legal ni pueden adquirir nada. La autorizacion del Estado puede ser posterior á la eleccion ó creacion del establecimiento piadoso, en cuyo caso adquiere aquella un efecto retroactivo, como si hubiese sido dada ú obtenida al tiempo de su fundacion (4). Una vez confirmado por el Estado y reconocido como persona moral un establecimiento de beneficencia, puede, no solamente po-

(1) Fr. 10. D. XLIX, 14.-Nov. 161. c. 2. et edict. Just. 4. c. 2. §. 1.

(2) Cod. I, 3.-Nov. 120.

(3) Hay jurisconsultos modernos que han sostenido, que segun el contexto de la C. 46. pr. C. I. 3. podian fundarse establecimientos de beneficencia por autoridad privada, ya fuese por medio de institucion de heredero, ya por via de legado, pero téngase presente que esta const. no se ha glosado y solo es una *lex restituta*.

(4) Un establecimiento de beneficencia fundado é instituido por un testamento, debe pues considerarse capaz de suceder, como si la autorizacion hubiera seguido á la muerte del testador. Arg. fr. 62. pr. D. XXVIII, 5.

seer derechos de toda especie, adquirir entre vivos ó por causa de muerte, si que tambien gozar de todos los privilegios concedidos á los menores, tanto respecto á la *restitucion in integrum*, como á las solemnidades que han de observarse para la enagenacion de sus bienes (1).

SECCION TERCERA.

DE LAS COSAS.

§. 446. *De las cosas en general.*

En su primitiva acepcion la palabra cosa (*res*) significa un cuerpo limitado que carece de razon, que es susceptible de estar sometido al poder del hombre, y que puede ser objeto de ciertos derechos: poco importa que éste cuerpo esté animado ó inanimado. Del mismo modo que la idea primitiva de *persona* se ha extendido por una ficcion del derecho, (§. 416) á las personas jurídicas ó morales, asi tambien la idea primitiva de *cosa*, ha recibido mayor extension en derecho romano. En efecto, los romanos comprendian en el número de las cosas, 1.° no solamente los cuerpos que carecen de razon, sino es tambien á ciertos *hombres*, privados de toda capacidad civil; estos hombres que podian ser objeto de los derechos de otros sin gozar ellos de ninguno, eran los esclavos (2): 2.° los cuerpos asi como tambien otras *cosas incorporales* capaces de pertenecer al patrimonio del hombre (§, 447). Las anteriores nociones modifican en

(1) C. 35. infine. C. ibid.--C. 23. pr. C. I, 2.--Nov. 120, c. 1, §. 2; c. 6, §. 2.--Cap. I, 3, X. 1, 41.

(2) Ulp., XIX, 1: omnes aut mancipi sunt, aut nec mancipi, mancipires sunt *servi* et quadrupedes etc.

derecho romano la idea que tenemos de la cosa, de la manera siguiente: Una cosa en el sentido legal, es todo aquello que puede ser objeto de derechos, en oposicion y con exclusion de las personas á quienes pertenecen los derechos. Hay sin embargo cosas que estan fuera del comercio (*extra comercium*), que no pueden formar parte de nuestro patrimonio, ni pueden tampoco ser objeto de obligaciones, ni ser en fin apreciadas (1).

§. 447. *De la division de las cosas* (2).

I. COSAS CORPORALES E INCORPORALES.

Se dividen las cosas en *corporales é incorporales*: las primeras existen físicamente, y estan bajo el dominio de los sentidos externos (*res quæ sunt*); las segundas no son cosas sino es por ficcion (*quæ res inteliguntur*). Esta division de las cosas corresponde enteramente á la que hemos hecho de las personas en físicas y morales; porque del mismo modo que en el sentido legal se considera frecuentemente como una persona, es decir, como un ser capaz de tener derechos, lo que en realidad no es un hombre (§. 416), asi tambien se puede mirar como cosa, es decir, como objeto de derecho lo que no es un cuerpo (§. 446). Ademas los romanos no contaban en el número de las cosas incorporales, sino es aquellas que consistian en un derecho (*quod in jure consisistit*), como los derechos y *las obligaciones* (3).

---

(1) Fr. 6, §. 2; fr. 9. §. 5. D. I, 8.--fr. 83. §. 5. D. XLV. 1. Pertenecen á esta clase: 1.° las cosas del derecho divino (*res divini juris*); 2.° las cosas comunes, (*res comunes omnium*); 3.° las cosas públicas (*res publicæ.*)

(2) Gajus II, 1.-17.--Inst. II, 1, 2.-D. I, 8.

(3) Algunos Jurisconsultos tienen por cosas incorporales aquellas que son corporales, y verdaderamente en su individualidad

§. 448. II. *Cosas muebles é inmuebles.*

Las cosas corporales se subdividen en *muebles* (*res moviles*, é *inmuebles*; (*res inmoviles*): muebles son aquella que sin detrimento de su sustancia y de su forma pueden ser transportadas de un lugar á otro (1): las inmuebles son 1.° aquellas que por su *naturaleza* es físicamente imposible mudarlas de un lugar á otro, tal como los fundos ó predios rústicos (*predia rustica fundi*) ó que no se las puede transportar sin deteriorarse, v. gr. los edificios (*predia urbana ædificia*). 1.° Hay cosas muebles que legalmente se consideran como inmuebles; tales son las que por efecto del arte ó de la naturaleza están del todo unidas á una cosa inmueble que forman parte de la misma (2) y las que están perpetuamente destinadas al servicio de una cosa inmueble (3). En este último caso se requiere, sin embargo, que la cosa se emplee efectivamente en aquel objeto á que está destinada, y que no se separe de la inmueble, sin cuya condicion perderian este carácter (4). Estas cosas muebles con relacion á las inmuebles á que pertenecen, se llaman *depedencias* ó accesorios.

---

como especie (*species*); pero que por su género, *genus*, forman el objeto de un derecho.-Thibaut *System* §. 258.-Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*; §. 91.

(1) Si se mueven por su propia fuerza reciben tambien el nombre de *res se moventes* v. gr. los esclavos y animales.

(2) V. g. el árbol, que ha arraigado en un fundo, y los frutos aun pendientes y todo cuanto se fija en un edificio para siempre (*vinta fixa*) fr. 44. D. VI. 1. fructus pendentes pars fundi videtur.

(3) Fr. 17. §. 7. D. ibid.-fr. 142. §. 2. D. L. 16.

(4) Fr.17. §. 10. 11.; fr. 18. §. 1. D. XIX. 1.

§. 449. III. *Del género y de la especie (Genus et species).*

COSAS FUNGIBLES Y NO FUNGIBLES.

En el lenguage jurídico se entiende por *género* (*genus*), mas bien una cosa individual, designada segun el género á que pertenece, y que forma como tal el objeto de un derecho, que no todo un género de cosas; la *especie* (*species*), por el contrario, es una cosa particular determinada segun su individualidad (1). Sobre esta distincion descansa la division de las cosas *fungibles* y no *fungibles*, cuyas ideas son del todo relativas. En efecto, una cosa fungible, es aquella que en la relacion legal de que es objeto, se considera mas bien por su género ó su cuantidad que por su especie; y por consecuencia no puede darse sino es en género *(in genere)* en la misma cantidad y cualidad: (*in œdem quantitate et qualitate*) (2). Cosa no fungible es aquella que se considera segun su especie, y que puede ser dada en la misma especie (*in specie*). Es, pues, un error referir esta division solo á las cosas muebles, cuando las inmuebles pueden igualmente ser consideradas como cosas fungibles v. gr. el legado de un predio de una extension determinada ó de una casa; lo es tambien, decir, que las cosas que en el comercio diario se miden, cuentan ó pesan, (*quœ pondere numero vel mensura constat*) son siempre fungibles, pues aunque lo

(1) Fr. 54. pr. D. XLV. 1.-fr. 30. §. 6. D. XXX.

(2) Las cosas que se consideran bajo este aspecto se dicen en el fr. 2. §. 1. D. XII. 1. in genere suo magis recipiunt functionem per solutionem, quam specie. De aqui se ha formado la palabra no romana, *res fungibiles*.-La expresion *res usu consumptibilis* se halla, en la traduccion latina de un codicilo griego, al fr. 101. pr. D. XXXII.

sean ordinariamente, pueden alguna vez no considerarse asi (1); y es tambien un error confundir absolutamente las cosas fungibles con las que se consumen usándolas, (*quœ usu consumuntur*) pues aunque generalmente las cosas que se consumen con el uso pueden ser reemplazadas (*in genere suo funetionem recipiunt*), pueden sin embargo ser consideradas como no fungibles, asi como las cosas que no se consumen con el uso, considerarse como fungibles (2).

§. 450. IV. *Cosas particulares y universales (universitas rerum.)*

Una ó muchas cosas individuales consideradas en sí mismas, se llaman en derecho *singulares (res singulœ)*, éstas son *simples* cuando consisten en partes de la misma especie naturalmente ligadas ó unidas entre sí *(corpus unitum)*: son *compuestas* (*res conexœ*) cuando el todo se forma de muchas partes diversas (3). Cuando muchas cosas individuales distintas las unas de las otras, pueden sin embargo considerarse legalmente como un todo, forman una universalidad de cosas *(universitas rerum)*. Hay *universalidad de hecho y de derecho (universitas facti, universitas juris)*: la primera es un conjunto de cosas corporales de la misma especie consideradas como un todo, v. g. un rebaño, un almacen (4); la segunda por el contrario, es un todo de cosas de diferen-

(1) V. g. fr. 30. §. 6. D. XXX. Si legetur pecunia quæ in area est. vel vinum quod in apothecis. La *plata* nos demuestra del modo mas evidente que la idea de cosas fungibles es relativa.

(2) V. g. cuando se ha legado genéricamente un caballo.

(3) Fr. 30. pr. D. XLI, 3. v. g. una casa, un navio.

(4) §. 18. J. II 20.--fr. 13. pr. fr. 34. D. XX 1.--fr. 1. §. 3. fr. 23. §. 5. D. VI. 1.

tes especies, ora corporales, ora incorporales, las cuales tomadas en su conjunto se las mira como un todo que forma un patrimonio v. g. una herencia, un peculio. Esta distincion no está sujeta á objecion alguna, pero pierde (1) en exactitud cuando se sostiene que la regla siguiente es aplicable en todos los casos á la universalidad de derecho y no á la de hecho. (*Res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*); es decir todo lo que se adquiere por las cosas individuales que componen la universalidad, ó en su lugar pertenece á esta universalidad y puede ser reclamado por el que tiene un derecho sobre ella; esta regla decimos, no se aplica á la universalidad de derecho, sino es cuando ésta representa una sucesion universal (2), y no cuando se la considera representando una sucesion particular (3).

§. 451. V. *Cosas divisibles é indivisibles.*

Las cosas son *divisibles é indivisibles.* Una cosa corporal es *físicamente* divisible cuando sin que se la destruya enteramente puede ser dividida en partes reales, cada una de las cuales despues de la division forma un todo particular é independiente. Las partes distintas de una cosa asi dividida, se llaman en el lenguaje de derecho romano, *partes certæ* y los que poseen estas partes poseedores (*pro-diviso.*) Una cosa es *legalmente* divisible cuando sin relacion así puede ó no dividirse físicamente, puede sí, poseerse por varias per-

(1) §. 6. J. II. 9.--fr. 1. §. 1. D. XLIII. 2.
(2) Señaladamente en el caso de herencia fr. 20. pr. §. 1, 2. 10, 12. fr. 22. D. V. 3. En el caso del peculio no hay aplicacion sino es cuando se trata de la *delacion* por medio de la sucesion y de la *actio peculio.*
(3) Fr. 56. D. VI. 1.--C. 6, C. III. 32.

sonas en comun, es decir por partes *intelectuales* (*partes incertæ*) en cuyo caso la misma cosa es comun á los que la poseen pro indiviso (*rem habent communen*): (1) una cosa es *legalmente indivisible* cuando en derecho no puede concebirse la idea de sus partes (2).

§. 451. b. VI. *Cosas existentes y futuras* (*res existentes et futuræ*).

Consideradas bajo la relacion de su existencia las cosas son *existentes* (*res jam existentes*) ó *futuras*, (*res futuræ*); existentes cuando existen al presente, y futuras cuando se espera su existencia, bien dependa ésta del curso ordinario de la natureleza como sucede en los frutos, bien de la casualidad como en la pesca (3).

§. 452. VII. *Cosas principales y cosas accesorias.*

Una cosa principal (*res principalis*) es aquella que puede existir por si misma y para sí misma; cuanto pertenece á ella ó cuanto le está unido, se llama *cosa accesoria* (*res accesoria*). A las cosas accesorias pertenecen cuanto en derecho romano se entiende por *causa rei*, y las impensas ó gastos que se hacen con ocasion de una cosa, (*impensæ seu in rem collatæ*).

(1) Hay ejemplos en el fr. 8. D. VI, 1.--fr. 6. §. 1. D. VIII. 4.--fr. 25. §. 1. D. L. 16.
(2) Este es el caso de las servidumbres. fr. 17. D. VIII. 1.
(3) Fr. 15, pr. D. XX, 1.-fr. 11. §. 3. D. XX. 4.-fr. 8. pr. §. 1. fr. 34. §. 2. D. XVIII. 1.- fr. 11. §. 18. D. XIX. 1.-fr. 73. D. XLV. 1.-fr. 17. pr. D. XXXII.-§. 7. J. II. 20.

§. 453. A. *Causa rei—I. De las accesiones.*

Se entiende en derecho romano por *causa rei seu omnis causa*, todo aquello que revindicándose una cosa principal puede exijirse, ademas de ella, y lo que hubiera tenido el reclamante sino se le hubiera privado de su cosa. Pertenecen á esta categoría las *accesiones* y los *frutos* de las *cosas* (1). Todo lo que sea corporal ó incorporal (2), está unido á una cosa exteriormente y ha sido incorporado á ella, bien por la naturaleza, bien por la voluntad del hombre, de tal modo, que puede y debe mirarse como parte y dependencia de la misma cosa se llama *accesion*. Las pertenencias de una cosa son una especie de accesion, tales son las que estan unidas á otras con el fin de hacerlas servir á este uso constantemente. La ley ó la voluntad del hombre da á una cosa la cualidad de pertenencia (3), la que no concluye sino es por una separacion absoluta de la cosa que sirve (4). Por otra parte, los muebles lo mismo que los inmuebles pueden tener pertenencia (5), y las de estos pueden ser muebles inmuebles ó incorporales (6). Sobre las pertenencias ha de tenerse presente siempre un principio general, y es, »que toda disposicion sobre la cosa principal, afecta á la accesoria, al menos que se haya expresamente estipulado lo contrario.

(1) Fr. 20. D. VI. 1.-fr. 35, 75, 246. §. 1. D. L. 16.-fr. 31, pr. D. XII. 1.

(2) A las accesiones incorporales pertenecen los *derechos* inherentes á una cosa, fr. 47.-49. fr. 78. pr. D. XVIII, 1, ó aquellos que deben asegurar otros derechos. Fr. 91, §. 4. D. XLV, 1.-fr. 43. D. XLVI, 3.-fr. 71. pr. D.-XLVI, 1.-§. 5. J, III. 20, 21.

(3) Fr. 13, in fin; fr. 17. D. XIX. 1.

(4) Fr. 17. §. 11. D. XIX. 1.-fr. 41. §. 12. D. XXX.-fr. 242. §. 4. D. L. 16.

(5) Fr. 66. D. XXXII.-fr. 15. D. XXXIII, 6.

(6) Fr. 20. §. 7. D. XXXIII. 7.-fr. 31. D. XXXII.-fr. 47.-49.-fr. 78. pr. D. XVIII. 1.

§. 454. 2. *De los frutos.*

En el *sentido propio* de la palabra se llaman *frutos* (*fructus*) únicamente á las producciones corporales y orgánicas de una cosa (1) mientras los frutos estan unidos á la cosa que los produce se llaman *estantes* ó pendientes (*fructus-pendentes, stantes* (2), y cuando no lo estan *frutos separados* (*fructus separati*): y cuando estos frutos se han percibido por alguno que deriva su derecho del propietario de la misma cosa, v. gr. el colono, el usufructuario, y ha tomado posesion de ellos se llaman frutos percibidos (*fructus percepti.*) (3).

En el sentido impropio se entiende tambien por frutos, las rentas que emanan del uso ó disfrute de la cosa conce-

(1) Fr. 77. D. L. 16. El parto de una esclava (*partus ancillæ*) no se cuenta en derecho romano, en el número de los frutos, sino es en el de las accesiones, fr. 28. §. 1.- D. XXII, 1.-§. 37. J. II. 1. Otras veces la palabra *fructus* demuestra el derecho de percibir los frutos de la cosa agena v. g. fr. 33. pr. D. VII. 1. fr. 57. §. 1. D. ibid.-fr. 12. §. 2. D. VII. 8.

(2) Fr. 26. §. 1. D. XLVII. 2.-fr. 7. §. 15. D. XXIV. 3.-fr. 27. pr. D. VII. 1. fr. 44. D. VI. 1.

(3) El fr. 13. D. VII. 4. marcó bien la distincion de los frutos, in fructus *separati, et percepti*: Julianus ait *fructuarii* fructus tunc fieri, *cum eos perceperit, bonæ fidei autem possessoris* mox, quum à solo separati sunt.

Los frutos que habrian podido percibirse, pero que no lo fueron por culpa del poseedor (*culpa possessoris percepti non sunt*) se llaman hoy *fructus percipiendi*. §. 2. J. IV. 17.-fr. 62. §. 1. D. VI. 1.

dido á un tercero; tambien lo que emana de la privacion del uso de la misma cosa como los intereses y alquileres ó salarios (1). Los frutos en el sentido propio se denominan en la actualidad *frutos naturales* (*fructus naturales*) (2); las demas rentas ó productos de la cosa que no son propiamente frutos, pero que en derecho se miran como tales, se llaman *frutos civiles* (*fructus civiles*).

§. 455. B. *De las impensas ó gastos.*

Del mismo modo que el que demanda una cosa tiene el derecho de exigir al mismo tiempo las accesiones y frutos de la misma (*omnen causam rei*); asi tambien está obligado á reembolsar ó indemnizar á aquel de quien reclama la cosa las impensas ó gastos que en la misma haya hecho: (*impensæ in rem collatæ*). Se entiende por *impensas* cuanto se ha empleado en beneficio de la cosa; estas son necesarias (*impensæ necesariæ*) cuando se han hecho para conservar la misma cosa, ó preservarla de que se deteriore; *útiles* (*impensæ utiles*) cuando se han invertido en mejorar la cosa y hacerla mas productiva, las demas impensas ó gastos hechos con el fin de hacer la cosa mas agradable y aumentar los goces del poseedor de la misma, se llaman impensas vo-

(1) Fr. 29, D. V, 3--fr. 34, D. XXII, 1: usuræ vicen fructum optinent: et merito non debent á fructibus separare.--El fr. 121 D. L, 16, nos demuestra claramente que los intereses solo pertenecen *impropiamente* á los frutos: usura pecuniæ quam percipimus in fructu non est: quia non est ipso corpore sed et alia causa est id et nova obligatione.-Fr. 36, fr. 38. §. 13. D. XXII. 1.-fr. 62. pr. D. VI. 1. fr. 88. §. 3. D. XXXV. 2.

(2) Se distinguen en fructus *mere naturales et industriales.* fr. 45. D. XXI. 1.-fr. 48.-pr. D. XLI. 1.

luptuarias *impensæ voluptuariæ* (1). Las impensas necesarias hechas en una cosa, no pueden en general repetirse por otra persona que por aquella que las ha hecho, escepto el ladron (2): respecto á la restitucion de las útiles no puede establecerse ninguna regla general, y en cuanto á las voluptuarias ó de mero lujo, el que las ha hecho no tiene otro derecho que el de separarlas de la cosa (*jus tollendi*) y llevárselas si es que separadas presentan alguna utilidad, y que el propietario no prefiere quedarse con ellas indemnizándole (3). La accion en restitucion de las impensas no tiene generalmente lugar sino es cuando se intenta expresamente v. gr. en los juicios divisorios (*judicia divisoria*), en los demas casos la *indemnizacion se pide por excepcion* ó se retiene (4).

§. 456. VIII. *De la division de las cosas con relacion al propietario.*

A. DE LAS COSAS QUE NO PERTENECEN Á NADIE

Con relacion á la propiedad hay cosas que no pertenecen á nadie (*res nullius*) y las hay que pertenecen á una persona determinada (*res alicujus*) (5). A las primeras, tomadas en su sentido lato corresponden; 1.° las cosas *comunes á todos* (*res communes omnium*), es decir, aquellas de que

(1) Fr. 79. D. L. 16.-D. XXV. 1.-Ulp. VI. §. 14.-17.

(2) Fr. 1. §. 4. D. XXXIII. 4. C. 5. C. III, 32.-fr. 15.-XIII. 1.-C. 1. c. VIII. 52.

(3) Fr. 38. D. VI. 1.

(4) Fr. 48. D. VI. 1.-fr. 14. §. 1. D. X. 3.

(5) Inst. II. 1.-Dig. 1. VIII.-Gajus II. 1 y siguientes.

cada uno puede usar y gozar, pero de las que solo pueden adquirirse sus partes separadas (1); 2.° las cosas sin dueño, entendiéndose esta calificacion en un sentido extricto, es decir, aquellas que no han tenido nunca dueño ó que habiéndole tenido dejó de serlo contra su voluntad y no han pasado al dominio de otro (2), y 3.° las cosas abandonadas (*res pro derelicto habitæ*), es decir, aquellas que habiendo tenido dueño fueron abandonadas por él, y no han pasado al dominio de otro (3).

§. 457. b. *De las cosas privadas de comunidad y públicas.*

Las cosas que pertenecen á una persona determinada están en la propiedad de una ó muchas personas particulares, y en este caso se dicen ó llaman cosas *privadas* (*res privatæ*), (4) ó en la propiedad de una comunidad y se llaman de universidad (*res univeristatis*), (5) ó por último en la del estado, y se dicen *públicas* (*publicæ*). Si en los dos últimos casos el uso y goce de ellas pertenece á cada individuo de la comunidad, conforme al destino particular de la misma, se llama *res universitatis* y *res publicæ*, en el sentido extricto de estas palabras (1); mas si las cosas están destinadas para que sirvan exclusivamente al uso de la comunidad ú del estado, entrando sus rentas en la caja de la corporacion ó del estado, se las denomina, *patrimonium universitatis vel civitatis* (2).

(1) §. 1. J. ibid.-fr. 2. §. 1. D. I. 8.-fr. 51. D. XVIII. 1.

(2) §. 12. 18. J. ibid.-El derecho romano colocaba en la clase de *res nulius* las cosas del derecho divino (*res divini juris,*) que se dividian en *sagradas, religiosas y santas* (*sacræ, religiosæ santæ*) en oposicion con estas, todas las otras cosas eran *res humani juris*, estuvieran ó no en la propiedad de alguno (*in bonis alicujus vel nullius.*)-Gajus, II. 2.-9.-§. 7.-10. J. ibid. fr. 1. pr fr. 6. §. 2.-5. fr. 8. fr. 9. D. I. 8.-Hay tambien cosas que sin pertenecer á nadie, se cree pertenecen á alguno (*res quæ nullius in bonis sunt*, sed alicujus in bonis esse *creduntur*); asi son las cosas públicas y las de una herencia antes que el heredero sea conocido (res publicæ et res hereditariæ antequam aliquis heres existit.) Fr. 1. pr. D. I. 8.-fr. 31. §. 1. D. 28. 5.-fr. 34. D. XLI. 1.

(3) §. 47. J. ibid.-D. XLI. 7.

(4) Fr. 1. pr. D. I.-8.

(5) §. 6. J. II.-fr. 6. §. 1. D. I. 8.

SECCION CUARTA.

§. 458. I. *Idea del hecho, de la accion* (3), *y del acto jurídico.*

Todo acontecimiento que se verifica en el mundo sensual, sin consideracion á su causa, es un *hecho* (4). Todo acontecimiento, por el contrario, producido por el hombre considerado como ser racional (5), y que consiste en un hecho (*in facto*), ó en una omision (*in omisione*), es una *accion*.

(1) Fr. 15.-D. L. 16.-Con frecuencia entre los romanos la expresion de *res publicæ* es sinónima de la de *res communis omnium*; v. g. §. 2, 4, 5. J. II. 1.-fr. 4.-5.-D. I.-8.

(2) El fr. 6. pr. D. XVIII, denomina esta especie de bienes del estado *peculium populi*; en oposicion á los que *in publico usu habentur, ut campus Martius.*-fr. 17. D. L. 16.

(3) La palabra *accion* se toma aqui en el sentido que en el lenguaje ordinario es sinónimo de *hecho*.

(4) En derecho se dividen los hechos en dos clases: aquellos que han pasado efectivamente, y aquellos que son ficticios (*ficcionis juris*) v. g. la *fictio legis Corneliæ*, de que habla el fr. 12. D. XXVIII. 1 y el fr. XXVIII. D. XXVIII. 6.

(5) Esta es la causa por la que las acciones de un loco ó furioso no se consideran en derecho como acciones, sino es como casos fortuitos. Fr. 61, in fine. D. XXVI. 7.

La accion que crea, destruye ó cambia una relacion de derecho, *es un acto de derecho*, siendo una especie particular suya los actos jurídicos, es decir, las manifestaciones de la voluntad, que tienen siempre por base la intencion de crear, destruir ó cambiar una relacion de derecho. Los actos jurídicos, son unilaterales ó bilaterales, segun que es suficiente para que se cumpla la voluntad de una sola persona; por ejemplo, en un testamento, ó que es necesaria para ellos la voluntad concordante de dos ó mas personas, por ejemplo, en los contratos.

§. 459. II. *De la forma de los actos jurídicos.*

En todo acto jurídico debe observarse la forma prescrita por la ley. La forma es el conjunto de los preceptos legales, de cuya observancia depende en general la validez de un acto jurídico. Estos preceptos ó reglas dicen relacion, no solo al contenido y objeto del acto, si que tambien á las solemnidades que deben acompañarle al tiempo de su celebracion; aquellas constituyen la forma *interna*, éstas la *externa*: tales son, la escritura del acto, la presencia de los testigos, y el concurso de la autoridad (1). Por regla general, el derecho romano no exije formalidades externas (2); pero cuando las prescribe, su observancia es necesaria, bajo pena

(1) La *confirmacion* de un acto legal por la autoridad es de dos especies; ó necesaria para la validez del acto, v. g. §. 1. J. I. 11. C. 22. C. V. 37. C. 13. C. V. 71, ó solo se demanda para mayor seguridad del mismo acto. Por esta última, un acto que en sí mismo es nulo, no se revalida. La confirmacion de un acto no daña al derecho que ha adquirido un tercero, y la cláusula salvo jure tercii debe siempre sobreentenderse.

(2) Fr. 4. D. XXII. 4.-C. 28.-C. 2, 4.

de nulidad del acto (1). Cuando se duda si para la celebracion de un acto son ó no necesarias las formas exteriores, el que alega la nulidad de estas, está obligado á la prueba.

§. 460. III. *De los elementos constitutivos de los actos jurídicos.*

En cuanto á los elementos que constituyen un acto, hay que hacer tres distinciones: 1.ª El elemento esencial del acto, y sin el cual no existe (*esentialia*), no se puede derogar por un pacto (2). 2.ª El elemento, que supuesta la perfeccion del acto segun sus condiciones esenciales, es una consecuencia natural de ellas, (*naturalia*): éste existe sin necesidad de pacto, pero puede muy bien destruirse ó cambiarse por un convenio particular, en cuyo caso el que invoca este convenio, ha de probarlo (3). 3.ª Las cláusulas accesorias del acto jurídico (*accidentalia*). Entiéndese por cláusulas accesorias, aquellas que no se deriban de la naturaleza del acto jurídico, sino que deben siempre ser fijadas por convencion ó por testamento. Los cambios que convencionalmente se hacen en las consecuencias naturales del acto jurídico, se tienen tambien por cláusulas accesorias (4), y

(1) C. V. C. 1. 14.

(2) En el caso mismo en que esto sucede son muy diferentes las consecuencias v. g. fr. 4; fr. 5. §. 2. fr. 12. §. 1. D. XXIII, 4. Las condiciones esenciales de un acto legal se dividen en *generales* y en *particulares*, las primeras son comunes á todos los actos, las segundas son aquellas que distinguen un acto de una especie de otro acto de distinta especie.

(3) Fr. 11. §. 1.2.-D. XIX. 1.-fr. 5. §. 4. D. XIX. 5.-fr. 24. D. XVI. 3.-fr. 3. D. XII. 1.

(4) Respecto á los *accidentalia negociorum*, véase §. 470-478.

el que las invoca ha de probarlas, salvo cuando la perfeccion y validez del acto dependan de las mismas, en cuyo caso el contrario ha de probar que la cláusula accesoria no tuvo lugar, ó no se ejecutó (1).

§. 461. A. *De las condiciones esenciales* (2) 1.° *con relacion á la persona.*

Todo acto jurídico exije, como condicion necesaria para su validez, una persona capaz de cambiar el estado de sus derechos; es pues necesario: 1.° que esta persona goce *del uso de la razon y de la libertad de su voluntad*; es decir, que sea racional y libre. Los niños (3) ó infantes, los furiosos, locos, mentecatos (4), excepto en los momentos de lucidos intervalos, los que están en estado de embriaguez completa, (5) los coléricos (6), no pueden en este estado celebrar acto alguno jurídico: 2.° es tambien necesario que esta persona sea reconocida en el estado como *perfecta é independiente*, razon porque los que estan bajo el poder paternal y bajo la autoridad de sus tutores ó curadores, se les ve insuficientes bajo ciertos aspectos para celebrar validamente determinados actos jurídicos.

(1) Por esta razon el que reclama los derechos que nacen de un acto, debe probar si se le opone que éste ha sido concluido bajo una condicion que no formaba parte del mismo, que el acto se concluyó puramente, ó que la condicion se cumplió, fr. 10.-D. XLV. 1.-Glossa ad. C. 9. C. VIII. 36.

(2) Aqui solo se trata de las condiciones esenciales y comunes á todos los actos legales.

(3) §. 10, J. III, 19 (20).

(4) §. 8 ib.-fr. 20. §. 4, D. XXVIII, 1.-fr. I.-§. 3, D. XLI, 2.-C. IX, C. IV, 38.-C. IX; C. VI, 22.-C. 6, C. V, 70.

(5) Can. 7, C. XV, qu. 1.-Cap. 14, X, 3, 1.

(6) Fr. 48-D. L, 17.

§. 462. II. *Con relacion al objeto.*

En cuanto al *objeto*, un acto jurídico solo puede comprender cosas que existan; nunca aquellas que no existen, ni pueden existir (1); tampoco las que no estan en el comercio (2), ni las acciones físicas ó moralmente imposibles (*contra bonos mores*) (3). El objeto del acto jurídico no ha de ser demasiado general é indeterminado; y su ejecucion ó prestacion no debe únicamente depender del deudor (4); no puede ser tampoco contrario á las leyes, ni ha de irrogar perjuicios á tercero (5), en fin, la promesa que no ofrezca ventaja alguna á aquel en cuyo favor se ha hecho, es nula (6).

(1) Pr. §. 1. J. III. 19, (20)-fr. 15. pr. D. XX. 1.-fr. 11. §. 3. D. XX. 4. fr. 8. pr. §. 1; fr. 34. §. 2. D. XVIII. 1.-fr. 11. §. XVIII. D. XIX. 1. fr. 73. D. XLV.-1.-fr. 17. pr. D. XXXII. §. 7. J. II. 20.

(2) §. 2. J. III. 19. (20)-fr. 83. §. 5. D. XLV. 1.-fr. 39. §. 8. 10. D. XXX.

(3) Fr. 31. 185. D. L. 17: *imposibilium nula est. obligatio* fr. 26. fr. 35. pr. §. 1. fr. 141. §. 4. D. XLV. 1. fr. 112. §. 3. D. XXX.-fr. 7. §. 3. D. II. 14.-C. 6.-C. II. 3.

(4) Fr. 8. D. XLIV, 7.-fr. 17; fr. 46, §. 3, fr. 105, §. 1, 108, §. 1; fr. 115, pr, D, XLV. 1-fr, 71, pr. D. XXX.-C. 1, C. V, 11, sobre las esenciones de esta regla véanse fr. 69 §. 4, D, XXIII, 3.-C. 3, C. V, 11.-fr. 24. pr. D. XIX, 2.

(5) C. 5, C. I; 14,-Cap. 28, X. 2, 24.

(6) Fr. 61, D. II, 14.-fr. 15. pr. D. VIII, 1.

§. 463. III. *Con relacion á la voluntad y consentimiento.*

Todo acto jurídico requiere la voluntad y el consentimiento de las personas contratantes. El consentimiento es *expreso*, cuando se manifiesta verbalmente ó por escrito, es decir, por palabras ó por signos que reemplacen á éstas (1), ó *tácito*, cuando alguno ejecuta acciones que no admiten otra esplicacion razonable, que la de que él ha quericonsentir en aquel acto (2). El consentimiento dado con posterioridad á la ejecucion del acto, se llama *ratificacion* (*ratiavitis*) la cual, por regla general, produce los mismos efectos que el consentimiento precedente (3).

§. 464. IV. *De las causas que impiden el libre consentimiento.*

No es suficiente que cualquiera haga declaracion de su voluntad, es ademas necesario que este consentimiento sea *libre y formal*. Las causas que impiden la libre manifestacion de la voluntad son, el *error*, *el dolo*, *la violencia y la simulacion*.

(1) Fr. 38, D. XLIV, 7: placuit non minus valere quod *scriptura* quam quod vocibus lingua figuratis significaretur, fr. 52, §. 10. D. ibid: Sed et *nutu solo* pleraque consistunt.

(2) Fr. 5. D. XLVI, 8: non tantum verbis ratum haberi potest, sed etiam *actu*,-fr. 20, pr. D. XXIX, 2.-§. 7. J. II, 19.-fr. 2, §. 1; fr. 57. pr. D. II, 14.-fr. 3. §. últ. D. XX, 4. La regla ordinaria, *qui tacet consentit*, no puede valer como regla general, fr. 142 D. L. 17: Qui tacet non utique fatetur.-fr. 8. §. 1. D. III. 3.

(3) Fr. 12. §. 4. D. XLVI. *Ratihabitio mandato comparatur.* C. 25. in fine C. V. 16.

§. 465. a. *Del error y de la ignorancia.*

Aunque diferentes en su significacion, el *error* y la *ignorancia* se parecen y tienen grande analogía, en cuanto á las consecuencias legales que producen. El *error* es un falso ó equivocado conocimiento de la cosa. La *ignorancia* es la total carencia de conocimiento. El error ó la ignorancia que se refiere á un punto de derecho, se llama error ó ignorancia de derecho (*error seu ignorantia juris*); el que se refiere por el contrario á un punto de hecho, se llama error ó ignorancia de hecho (*error et ignorantia facti*) (1). Es muy importante fijar algunos principios sobre la influencia que ejercen el error y la ignorancia en los actos jurídicos.

1.° Hay casos en que ni el error ni la ignorancia de derecho ó de hecho producen efecto alguno; la reclamacion que sobre ello se hace es denegada, y cede en perjuicio del que la introduce (2).

2.° Hay otros en que puede repararse (reclamarse) el error, y entonces jamas produce perjuicio, sea de hecho ó de derecho (3).

3.° En todos los otros casos es necesario distinguir entre el error de derecho *(error juris)*, y el error de hecho *(error facti)*. El error de derecho perjudica en todos los casos, en que podria haberse evitado, consultando á un jurisconsulto *(error juris nocet)* (4), pero si el que invoca el er-

(1) D. XXII, 6.-Cod. I. 18.

(2) V. g. fr. 4, 15, D. XXVIII, 1.-C. 12. C. VI, 23.-§. 12. J.I, 10. -C. 1. 6. C. V. 6.-C. 5, 9; C. I, 14.-C. 4. C. V. 55.

(3) V. g. fr. 19, 20. D. XXXIX, 3.-fr. 22, D. XXIX, 2. C. 4, 58.-C. I, 18.

(4) Fr. 9, pr.; §. 3.-D. XXII, 6.-fr. 10, D. XXXVII. 1.

ror se escusa, probando que no ha podido ilustrarse sobre su derecho *(si copiam jcti. non habuit)*, entonces ha de distinguirse 1.° Si el error le hace perder alguna ventaja *(lucrum sive compendium)*, en cuyo caso le perjudica (1); 2.° si arriesga el perder una parte de su fortuna adquirida *(dannum)*, en cuyo caso no se puede repetir lo que se ha pagado por error de derecho *(dannum rei amissæ)*, (2) aunque tampoco tiene obligacion de prestar aquello que ha prometido por error *(dannum rei amitendæ)* (3). 3.° estas reglas generales tienen sus excepciones, cuando se trata de los *menores*, *soldados* y demas personas á quienes aprovecha ó no daña nunca el error de derecho, ora hayan tenido beneficios, ora hayan tenido pérdidas, que hubieran podido evitar (4); con respecto á las mugeres á quienes no puede oponerse esta ignorancia culpable, sino en el caso en que se tratase de darlas lo que se las ha prometido, *(dannum rei amittedæ)*; el error por el contrario les daña, cuando han recibido un beneficio, ó se les ha pagado *(lucrum dannum rei amissæ)* (5) á menos, sin embargo, que el pago se haya hecho en virtud de una obligacion radicalmente nula (6). B.

(1) Fr. 7: fr. 9, §. 5, D. XXII, 6.-C. 9. C. VI, 50.

(2) Fr. 32. §. 2, D. XII, 6.-C. 10, C. I, 18. La mayor parte de los autores son de una opinion contraria; pero la citada Const. 10, se opone á sus opiniones.

(3) Fr. 8, D. XXII, 6.-fr. 36, D. XLV, 1.-fr. 1, §. 5, D. XIX, I.

(4) Sobre los menores y soldados véanse fr. 9. pr.; §. 1, D. XXII, 6. fr. 7. §. 6, D. IV, 4.- C. 1, 11, C. I, 18.-C. 2, C. II, 33, Sobre los rústicos (*rustici*), fr. 1, §. 5, D. II, 13.-fr. 2, §. 7, D. XLIX, 14. fr. 3, §. 22. D. XXIX, 15.-C. 8, C. VI, 9.

(5) Fr. 2, §. 7, D. XLIX, 14.-fr. 8, 9, pr. D. XXII. 6.- C. 3, 10. 13, C. I, 18.

(6) De esta manera se concilian facilmente-la C. 10, C. I, 18, y la C. 9, C. IV, 29.-fr. 32, §. 2, D. XII, 6.-fr. 14, §. 7, D. XI, 7.-fr. 27, §. 1, D. III, 5, C. XI. C. II, 19.

En regla general el *error de hecho* no daña ni en lo útil, ni en lo incómodo (1); es, sin embargo, necesario que no se funde sobre una negligencia grosera é imperdonable (2); pero aun en este caso el error de un hecho propio *(error propii facti)*, debe ir acompañado de circunstancias agravantes (3). Por otra parte, no es necesario haber obrado precisamente con demasiada circunspeccion para alejar de sí las consecuencias perjudiciales del error (4).

4.° Por regla general el que invoca ó excepciona el error, está obligado á su prueba, si es que no pertenece ó es de la clase de las personas á quienes la ley favorece especialmente (5).

§. 466. b. *Del dolo* (6).

El dolo (*dolus*) en general, es toda alteracion maliciosa de la verdad, hecha con el objeto de empeñar á otro á que ejecute una accion, que sin la ocultacion no habria ejecutado. En este sentido lato, el derecho romano hace distincion entre el *dolo bueno* y el *dolo malo*: el primero, es el que se emplea con el objeto de la propia defensa ó con cualquiera otro fin lícito, v. g. cuando se oculta á un loco la verdad de cierto hecho para evitar que exasperada su demencia cause un grave daño (7); el *dolo malo*, ó *dolo* simplemente, es el

(1) Fr. 2, 4, 8, 9. pr. D. XXII, 6.-fr. 1, §. 1. D. XII.-C. 7, 10, C. I, 18.

(2) Fr. 3, §. 1; fr. 6; fr. 9. §. 2, D. XXII, 6, fr. 5. §. 1. D. XLI. 10.

(3) Fr. 22, fr. 32; §. 1. D. XII, 6.

(4) Fr. 6. D. XXII, 6.

(5) Fr. 25, pr. §. 1. D. XXII, 3.

(6) D. IV. 3.

(7) Fr. 1. §. 3, D. IV. 3.

que á sabiendas y con designio se emplea para perjudicar á un tercero, valiéndose de manejos fraudulentos, y de medios reprobados por la ley; el dolo, en fin, es lo que en el lenguage comun se llama supercheria, fraude, ó engaño (1). El dolo que interviene en un acto jurídico, puede considerarse bajo dos aspectos, ó dando causa al acto *(dolo causam dans)*, ó siendo incidental al mismo *(dolo incidens)*; el primero tiene lugar siempre que aquel que ha sido engañado no hubiera contratado, si hubiese conocido el dolo; el segundo, cuando es causa de que el engañado prometa mas, de lo que él hubiera prometido (2); aquel produce la nulidad del acto, éste accion para repetir los daños inferidos (3). La obligacion de probar el dolo incumbe al perjudicado (4).

§. 467. c. *De la violencia y del temor* (5).

La violencia (*vis*), y el temor (*metus*) estan generalmente en la misma relacion que la causa y el efecto. La violencia consiste en la amenaza de un mal, que por el temor que

(1) Fr 1 §. 2. D. ibid. Labeo sic definiit, dolum malum esse omne calliditatem, fallaciam, machinationem ad circunveniendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est: fr. 7, §. 9. D. II, 14.-fr. 7. §. 3, 8; fr. 8; fr. 9. §. 2. fr. XXXVII, D. IV. 3.

(2) El derecho romano no usa estas expresiones, pero esta division se funda en la naturaleza misma de la cosa, y en el mismo derecho romano.

(3) Fr. 7. pr. D. IV. 3.-fr. 3. §. IV. D. XVII, 2.-fr. 11 §. 5.; fr. 13. §. 4; fr. 32, D. XIX, 1. fr. XII. §. 1. D. XXIII, fr. 45, D. XVIII, 1.-C. 4, 8. C. IV, 44.

(4) En algunos casos particulares, la ley presume el dolo: asi es el del fr. 7, pr. D. XXVI, 7.

(5) Dig. IV, 2.-C. II, 20. VII, 67.

produce empeña á otro á cometer un acto que le es perjudicial (1). Para que la violencia influya en los actos jurídicos ha de ser injusta (2), y el mal ó la amenaza que produce el temor y el miedo de tal naturaleza que cause impresion sobre varon constante (3). La violencia y el miedo pueden tambien como el dolo dar causa al contrato ó ser incidente en el mismo *(vis et metus causam dans aut incidens)* (4); sus efectos en uno y otro caso son iguales á los de aquel (5).

§. 468. d. *De la simulacion*.

La simulacion existe siempre que una de las partes ó las dos ocultan y desfiguran la verdad, ó dan á sus actos una apariencia de que carecen (6); poco importa que la intencion de los que asi proceden sea buena, indiferente ó mala; en este último caso la simulacion equivale al dolo (7).

(1) Fr. 1, 2. D. IV, 2. En derecho romano la palabra *vis* no demuestra mas que la fuerza física, y *Metus* cualquier otra clase de fuerza, y por consecuencia tambien la violencia ó fuerza meral.

(2) Fr. 3, §. 1. fr. 23. §. 2. D. ibid. La fuerza ilegal se asemeja al dolo, fr. 14, §. 13. D. ibid.-fr. 2, §. 8. D. XLVII, 8.

(3) Fr. 5, 6, D. IV, 2. Metus non vani hominis, sed qui merito et inconstantissimo homine cadat, fr. 7, 9, D. ibid.-C. 9, C. II, 20. El temor que se tiene por reverencia á otra persona (*metus reverentialis*) no daña, fr. 1, §. 6, D. XLIV, 6. C. 6, C. II, 20.

(4) Tanto la violencia y el miedo como la cólera y cualquier otra pasion pueden impedir la libertad de la voluntad. fr. 48, D. L, 17.

(5) Fr. 21, §. 1, 3, D. IV, 2. fr. 116, D. L, 17. C. 1. C. IV, 44.

(6) Fr. 30, D. XIII. 2.-fr. 12. D. XXXIX, 3.-fr. 55, D. XVIII. 1.-fr. 3. §. 2, D. XLIV, 7.-C. 17, C. IV, 29. Cod. IV, 22.

(7) Fr. 7. §. 9, D. II: 14, fr. 49; pr. D. XIX, 1.

§. 469. B. *De la naturaleza de los actos jurídicos.*

La naturaleza de los actos jurídicos comprende, todo lo que en derecho es la consecuencia y el efecto de un acto legal, desde el momento en que es absolutamente perfecto, y sin que para su ejecucion haya necesidad de otras convenciones. Las leyes determinan las cualidades naturales de los actos jurídicos, sus consecuencias y sus efectos, los cuales se presume que duran hasta que se prueba ha habido una convencion en contrario. Puede establecerse por principio general que la naturaleza de los actos jurídicos (1) puede modificarse por una convencion, al menos que la ley no lo prohiba expresamente (2).

§. 470. C. *De las cláusulas accessorias de los actos.*

Las modificaciones accidentales de un acto jurídico deben ser siempre especialmente determinadas, bien por contrato, bien por testamento; nunca pueden suponerse ó presumirse, y al que las invoca ó alega está obligado á probarlas; se refieren tanto á la modalidad del acto, es decir, á las formas y condiciones de su validez, cuanto á su confirmacion.

§. 471. I. *De la modalidad.* á. *De la condicion* (3).

La validez y los efectos de un acto jurídico pueden depender de una *condicion (conditio).* La condicion es un

(1) Véanse los §§. 475, 718 y 719.

(2) V. g. fr. 11, §. últ. D. XIX, 1, fr. 7, D. XVII, 2. fr. 4. D. XIII. 7.

(3) D. XXVIII, 7, y XXXV, 1. Cod. VI, 46.

acontecimiento incierto, (1) futuro, (2), sin relacion con la naturaleza del acto (3), y del que voluntariamente se hace que dependan ciertos derechos. La condicion es 1.° *suspensiva (conditio suspensiva) ó resolutiva (conditio resolutiva),* (4) segun que de ella se hace depender el principio ó el fin de un acto jurídico: 2.° *afirmativa ó negativa,* segun que la eficacia del acto pende de que se cumpla ó no se cumpla un acontecimiento: *potestativa, casual* ó *mixta (potestativa, casualis, mixta),* segun que su cumplimiento depende de la voluntad de aquel que tiene subordinado á ella su derecho, ó del acaso, ú de los dos simultáneamente: 4.° *posible (possibilis), imposible (impossibilis),* y esta última *física ó moralmente,* segun que su cumplimiento pugna contra la naturaleza, contra las leyes ó contra las buenas costumbres (5). Mientras se duda si la condicion tendrá efecto, se

(1) Sobre la *conditio necesaria*; fr. 9, §. 1, D. XLVI, 2, fr. 7 D. XLV, 1.

(2) Sobre la *conditio in præteritum vel præsens collata,* §. 4 J. III, 15. (16)fr. 4. §. 2, D. II. 14. fr. 10, §. 1. D. XXVIII, 7., fr. 37, 39, D. XII, 1.

(3) Sobre la *conditio intrinseca sive tacita,* que deriva de la naturaleza misma del acto, por lo que no hay necesidad de expresarla, véase fr. 21; fr. 41. §. 1, D. XXIII, 3, fr. 3,½D. XXX, fr. 99, 107, D. XXXV, 1.

(4) En derecho romano, un acto subordinado á una condicion suspensiva, se llama *negotium sub conditionem,* ó simplemente *condicional*: la condicion resolutiva se designa por la expresion *conditio quæ resolvit*: v. g. fr. 2. pr. D. XVIII, 2. fr. 2, §. 3, 4, 5. D. XLI, 4. fr. 3. D. XVIII, 1,

(5) Sobre la *conditio jurisjurandi,* fr. 8. pr. §. 6, 7, D. XXVIII, 7. fr. 29, §. 2, D. XXIX, 1,-fr. 112, §. 4, D. XXX.-fr. 14. §. 1, D. XXXII.-fr. 20; fr. 26, pr.; fr. 97, D. XXXV, 1.- Si divorcium feceris, C. 5. C. IV, 25.-Si non nupseris, fr. 72, §. 5, fr. 79; §. 4 fr. 100 fr. 62, §. 2, fr. 63, pr.; fr. 64, pr. D. XXXV, 1.- C. 2, 3. C. VI, 40.-Nov. 22, c. 43, 44. Si nupseris, fr. 10, pr.; fr. 15: pr. fr. 63, §. 1; 28, pr.; fr. 71, §. 1; fr. 101, pr. D. XXXV, 1.-

dice, *conditio pendet*, si realmente se ha cumplido, *conditio existit*, y si se sabe de cierto que no se realizará, *condicio deficit*.

§. 472. b. *Del término.*

Un acto puede voluntariamente (1) sujetarse ó subordinarse á un término *(dies)*. El término es, ó *dies á quo, ó ad quem*, segun que dá principio ó fin á un acto (2). Tanto en un caso como en otro, el término es *cierto (dies certus)*, si se sabe positivamente que llegará y cuando llegará, ó *incierto (dies incertus)*, si se ignora lo uno ó lo otro ó ambas cosas. Generalmente hablando, el término incierto equivale á una condicion (3). En cuanto al término *a quo* ha de notarse que, ó cede el dia *(dies cedit)*, es decir, viene aquel en que se adquiere un derecho, ó viene el dia *(dies venit)*, es decir, puede reclamarse del deudor el objeto de este derecho (4).

§. 473. c. *Del modo.*

Un acto puede igualmente presentar un modo. Entiéndese generalmente por *modo* toda disposicion onerosa por

(1) No se trata aqui del lapso de tiempo y de los términos legales que se refieren á la ejecucion y prosecucion de los derechos. Véase el §. 482.

(2) Los romanos designaban el dies á quo por las palabras estipulari ex die 6 estipulatio confertur in diem, y el dies ad quem por estipulari ad diem. fr. 44, §. 1. D. LIV, 7.-§. 2. J. III, 15. (16).-fr. 56, §. 4. D. XLV. 1.

(3) Fr. 75, D. XXXV, 1. fr. 56; fr. 16. §. 1. D. XII, 6, fr. 45. §. 3. D. XLV, 1.-fr. 4. pr.; fr. 22. pr.; D. XXXVI, 2. Véase sin embargo, C. 2, 5. C. VI, 53.

(4) Fr. 213. pr.; D. L, 16.

la que el que quiere agraciar á un tercero, exije de éste en remuneracion del beneficio que le hace, una prestacion (1). El modo puede existir, no solo en los actos gratuitos ó graciosos, sino en los onerosos (2), pero ha de tenerse presente, que en aquellos, el donante, en el caso de no cumplirse el modo, puede elegir entre exigir su cumplimiento ó reclamar lo que habia dado (3); mientras que en éstos no puede reclamar, sino es por el primer medio, mas nada obliga á cumplir el modo á aquel que debe ejercutarlo, cuando solo él tiene interés en ello, si no quisiera, pues que á él solo le interesa, y solo en su beneficio cede (4).

§. 474. d. *De la causa.*

Todo acto jurídico puede expresar una *causa (causa)*. Se entiende por causa, el motivo ó razon que ha impelido á dar á otro una cosa (5). En general la causa falsa no perjudica *(falsa causa non nocet)*, al menos que se pruebe que el error la ha producido (6), ó que ésta causa no se ponga

(1) Cód. VI, 45, y VIII, 55. fr.; 17, §. 4. D. XXXV, 1. Frecuentemente el modo contiene al mismo tiempo una condicion: v. g. fr. 21: fr. 41, pr,; §. 1.-D. XXIII, 3.-fr. 4. §. 3. D. II 14, en que se manifiesta como condicion, y entonces el acto, se hace condicional.

(2) Fr. 41, pr.; D. XVIII, 1.-fr. 58, §. 2. D. XIX. 2.

(3) C. 3, C. IV, 38.-C. 9. C. VIII, 54.-C. 1. C. VIII, 55. C. 2, 3, 8. C. IV, 6.

(4) Fr. 41. pr.; D. XVIII, 1.-fr. 17, §. 2. fr. 44. D. XL, 4. fr. 13, §. 2. D. XXIV, 1.

(5) §. 31, J. II, 20.-fr. 3. D. XXXIX, 5.

(6) Fr. 72. §, 6. D. XXXV, 1.-fr. 9. pr. D. XXVIII, 5.-fr. 5. §. 1.- D. XIX. 1. C. 4, C. VI, 24.

como condicion, en cuyo caso debe tenerse por tal (1).

§, 475. e. *De los pactos.*

Vamos á hablar en fin de los pactos ó convenciones accesorias, que sirven para determinar y modificar el contrato principal *(detrahitur contractui)*, ó bien introducir disposiciones que, atendida la naturaleza solo del contrato, no hubieran tenido lugar *(adjicitur contractui)* (2), siempre que no sean contrarias á la prohibicion expresa de la ley (3). En otro lugar hablaremos de las diversas especies de pactos.

§. 476. 2. *De la confirmacion del acto.* (*a*) *Del juramento.*

El juramento sirve para dar á un acto jurídico mayor fuerza (4). El juramento *(jus jurandum seu juramentum)* es, en el sentido extricto de la palabra, una invocacion que se hace á la divinidad, trayéndola por testigo de la verdad, y por justiciera, para que castigue la mentira y mala fé empleadas á sabiendas. El juramento se presta, ó bien para dar mas fuerza á una persona *(juramentum promissorium)*, ó bien para confirmar la verdad de un hecho alegado *(juramentum assertorium)*. Dispútase sobre el efecto que el juramento promisorio, único que corresponde examinar aqui, produce sobre la primera; sin embargo lo que hay de cierto, es que en derecho romano no produce obligacion alguna, solo sirve para dar mayor fuerza á la obligacion existente, pero anad vale en un acto nulo (1). El derecho canónico, por el contrario, establece el principio de que todo juramento prestado con conocimiento de causa y libremente, cuando tiene por objeto una accion lícita y que no perjudica á los derechos de un tercero, produce una obligacion particular para con Dios, por la cual se hace válida una promesa, que civilmente no lo seria (2).

(1) §. 31. J. II, 20.-fr. 17, §. 2, 3; fr. 80, D. XXXV. 1. fr. 9. §. 2; fr. 58, D. XVIII. 1.

(2) Fr. 7. §. 5, 6. D. II, 14.-fr. 72, pr. D. XVIII. 1.

(3) Fr. 11. §. últ. D. XIX, 1.-fr. 70, D. XVII, 2.-fr. 4. D. XIII, 7.- C. 3. C. VIII, 35.

(4) D. XII, 2.-Cod. II, 59, et IV. 1.-Decret. II, 24.-Lib. ult. 2. 11.-Clem. II, 19.

§. 477. b. *De la cláusula penal.*

La cláusula penal (*stipulatio pœnæ*) es tambien un medio muy adecuado para asegurar el cumplimiento de los contratos. Se entiende por cláusula penal en toda prestacion, convenida por un pacto accesorio, que uno de los contrayentes se obliga á dar ó prestar al otro caso que deje de cumplir en todo ó en parte la obligacion que le impone el contrato principal (3). Se incurre en la pena, tan luego como el deudor cae en mora, quedando á eleccion del acreedor exigir aquella ó el cumplimiento de la obligacion

(1) Fr. 7, §. 16. D. II, 14.-C. 5, §. 1. C. I, 14.

(2) Cap. 28. X. 2, 24. Cap. 2. De pactis. Si el acto que confirma el juramento pertenece á aquellos que estan absolutamente prohibidos, ó es nulo, porque el consentimiento de las partes falta, procede la relajacion del juramento.

(3) §. 7. J. III, 15. (16).-§. 19, J. III, 19 (20).-fr. 33. §. 16. D. XLV, 1.-C. 12. C. VIII, 38. Los romanos exijian á este efecto una estipulacion sin la cual no podia interponerse demanda alguna.

principal (1), pero no uno y otro simultáneamente, á no ser que asi se haya convenido (2).

§. 478. c. *De las arras.*

Las *arras*, (*arrha*), que frecuentemente se encuentran en los contratos (3), son generalmente hablando, aquello que uno de los contratantes da al otro como garantia del contrato, bien sea antes, bien despues de la perfeccion del mismo. En el primer caso, que únicamente tiene lugar, cuando en una convencion realmente acabada, se ha estipulado que no será perfecta y obligatoria hasta que se eleve á escritura, en este caso cada uno de los contratantes es libre de separarse, y si el que se separa es el que dió las arras, las pierde. Si es el que las recibió debe restituirlas dobladas (4). En el segundo caso, ninguno de los contratantes puede en general separarse (5), á menos que las arras no hayan sido dadas para este caso (*arrha penitentialis*): el donante bien puede retractarse perdiendo las arras; el donatario, restituyendo el duplo (6).

(1) Cod. 14, C. II, 3. Si se ha convenido expresamente que el deudor se libertase de la obligacion pagando la pena, ésta se convierte en *arrha pœnitentialis* (§. 478).

(2) Fr. 10, §. 1, D. II, 14.-C. 17, C. II, 4.-fr. 115, §. 2, D. XLV, 1.

(3) C. 3. C. IV, 49.

(4) Pr. in fine. J. III, 23 (24).-C. 17. C. IV, 21. Si el contrato se anula por el mútuo disenso, se devuelven las arras, fr. 11, §. 6, D. XIX, 1.

(5) C. 3. C. IV. 44.

(6) C. 6. C. ibid.-fr. 35, pr. D. XVIII, 1.

§. 479 IV. *De la nulidad de los actos.*

La nulidad de un acto jurídico proviene de la falta de una de sus condiciones legales, ora sea de las que se refieran á sus formalidades externas, ora al contenido del mismo acto: tambien proviene de una infraccion de ley. En derecho romano esta nulidad generalmente tiene lugar *ipso jure* (*negotium ipso jure nulum inutile*), aun cuando la misma ley no lo determine expresamente (1); pero hay casos en que un acto no viene á ser nulo, sino es cuando una de las partes no quiere que produzca sus efectos (*ope exceptionis nullum*); ó cuando á peticion suya el juez lo declara tal (*negotium rescinditur*) (2). Las circunstancias posteriores al acto, aunque sean de tal naturaleza que bajo de ellas no se hubiera celebrado el acto, no le anulan (3), asi que ha de examinarse el momento de la celebracion de un acto para decidir de su validez (4); y un acto nulo desde su principio no se revalida, hasta que desaparezcan los motivos de nulidad (5) La nulidad parcial de un acto no afecta sus demas partes, siempre que estas puedan existir por sí solas (6). Un acto nulo puede sin embargo producir sus efectos por medio de

(1) C. 5, pr. C. I, 14.-Vinnius. Select. quæst. lib. 1. c. 1.

(2) A este caso pertenecen principalmente la excepcion *doli mali quod metus causa*, §. 1.-5, J. IV, 13; asi como la rescision de un testamento inoficioso (*testamentum inofficiosum*), la restitucion in integrum (*restitutio in integrum*) etc.

(3) La regla "que en todo acto se sobreentiende la cláusula *rebus sic stantibus*, es falsa.

(4) Fr. 8, pr. D. XVII, 1.-fr. 78, pr. D. XLV, 1.

(5) Fr. 29, D. L, 17: Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere, fr. 201; fr. 210, D. ibid.-fr. 1, D. XXXIV, 7.

(6) Fr. 1. §. 5. D. XLV, 1: Utile, per utile non vitiatur, v. gr. fr. 29. D. XXII, 1. fr. 11, §. 1. D. XIII, 5. C. 36, §. 3. C. VIII, 54.

la conversion, es decir, transformándole en otro acto. Hay casos en que esta transformacion se verifica *ipso jure* (1); otros en que solo tiene lugar por una declaracion de las partes (2).

§. 480 V. *De la interpretacion de los actos.*

La interpretacion de los actos es de tres especies, *auténtica*, cuando es dada por los mismos autores del acto, *usual*, cuando se funda en el uso generalmente admitido, y *doctrinal*, cuando procede de las doctrinas del derecho.

En la interpretacion auténtica ha de tenerse presente, si el acto emana de una sola persona, como un testamento, ó si emana ó es resultado del consentimiento de varias, como un contrato. En el primer caso, las expresiones dudosas deben ser entendidas en el sentido que el autor ha querido darles (3); en el segundo, no puede interpretarse el acto sin el concurso de todos aquellos que estan interesados en el mismo, y la explicacion de uno no puede perjudicar á los derechos de los demas. La interpretacion usual debe aplicarse á aquellos actos que se han redactado con palabras y expresiones que en el lenguage generalmente recibido en el pais tienen un sentido determinado, el cual deben conservar hasta que se demuestre el sentido que ha querido darlas al autor del acto (4). En los casos de esta especie ha de tenerse

(1) Cuando en un contrato de venta se ha convenido, *ne petatur pretium*, el acto de venta es una donacion, fr. 36, 38, D. XVIII, 1.-fr. 6. D. XLI, 6.

(2) V. gr. en la cláusula codicilar (*clausula codicilaris*), fr. 1, D. XXIX, 7.-C. 8. §. 1. C. VI, 36.

(3) Quisque verborum suorum optimus es interpres; pr. 96, D. L, 17.-fr. 21, §. 1. D. XXVIII, 1.

(4) Arg. fr. 37, 38, D. I. 3.-fr. 21, §. in fine. D. XXVIII. 1. fr. 69. §. 1. D. XXXII.-fr. 9.-12, D. XXXIII, 6.

tambien presente, si la duda ocurrida por la oscuridad de las palabras, ha sido ó no decidida ya legalmente (1).

La interpretacion doctrinal se rije por las reglas siguientes: 1.° toda expresion dudosa ú oscura, de que se haya valido el autor del acto, siempre debe explicarse con arreglo á la verdadera intencion del mismo, la cual se conocerá, atendiendo á las palabras, lenguaje, circunstancias y relaciones de los interesados (2): 2.° cuando no puede conocerse con exactitud la verdadera intencion del autor, las expresiones oscuras deben interpretarse de manera que se las separen lo menos posible de la naturaleza del acto; siempre perjudican al derecho de aquel que lo funda en alguna cosa contraria á la naturaleza del acto de que procede, pues para hacerlo valer debieran haberse expresado mas claramente (3): 3.° si la duda recae tan solo sobre la cantidad de la deuda, las expresiones dudosas deben interpretarse de la manera menos perjudicial á la promesa (4): 4.° en fin, cuando las palabras de que el autor ha usado son tan dudosas é inciertas, que es en un todo imposible conocer su voluntad, la disposicion es nula, (5) sin perjuicio de que subsista tanto tiempo, cuanto por la interpretacion pueda explicarse (6).

(1) V. g. fr. 13. pr. D. XXVIII, 2.- fr. 17. §. 1, D. XXX.-fr. 10, §. 1, D. XXXIV, 5.

(2) Fr. 219, D. L, 16.-fr. 67, D. L. 17. v. g. fr. 3, §. últ. D. XXXIII, 10.-fr. 33. D. XXXIV, 2.-fr. 22, D. XXXIV, 1.-fr. 14. D. XXXIII, 1.-fr. 75, D. XXXII.

(3) Interpretatio facienda est secundum naturam negotii, fr. 3. D. XXII, 1.-fr. 11, §. 1, 2. D. XIX, 1.-fr. 72 pr. D. XVIII, 1. Interpretatio faciendum est contra eum, qui clarius loqui potuisset ac debuisset. fr. 172, pr. D. L. 17.-fr. 30. D. II. 14.-fr. 21, D. XVIII, 1.-fr. 38, §. 18, D. XLV, 1.-fr. 26, D. XXXIV, 5.

(4) In dubio id quod minimum est sequimur, fr. 9, 34, D. L. 17.-fr. 52, D. XIX, 2.-fr. 1, §. 4. D. XLV; 1.

(5) Fr. 188, D. L. 17.-fr 2; fr. 10, pr.; fr. 21, 27, 28, D. XXXIV, 5.

(6) Fr. 12, D. ibid.-fr. 80. D. XLV. 1.

SECCION QUINTA.

DE LOS DERECHOS Y DEL EJERCICIO DE LOS MISMOS.



CAPITULO PRIMERO.

DE LOS DERECHOS EN GENERAL.

§. 481. I. *Idea y diversidad de los derechos.*

Un derecho en el sentido *subjetivo*, es la facultad de hacer alguna cosa, ó exigir que otro la haga ó la omita en beneficio nuestro. En este sentido todo derecho presupone un sujeto y un objeto. Con relacion al objeto, el derecho romano distingue tres especies principales de derechos: 1.° aquellos que se refieren á la cualidad personal del hombre, es decir, á las tres especies de estados (*status*), y particularmente á aquellas que reglan la sumision de una persona al poder de un tercero (*potestas, manus, mancipium*) (1). Los principios del derecho romano que arreglan el estado y los derechos de la potestad, se llaman *derechos personales* (*jura personarum*). 2.° Los derechos inmediatos que el hombre tiene sobre una cosa, los cuales segun su naturaleza, ó la someten enteramente á su poder y voluntad, ó no le pertenece sino bajo ciertas relaciones. Entre los romanos se les llama *Dominium et jura in re*, y entre los modernos dere-

(1) Véanse los §§. 419, 420.

chos reales (*jura realia*), y tambien *derecho de las cosas:* 3.° los derechos, en virtud de los cuales, una persona determinada se compromete y obliga á dar ó hacer una cosa en beneficio de otra: se llaman entre los romanos *obligaciones y acciones*, y entre los modernos *jura in personam* ó derechos personales, ó mejor *obligaciones*.

§. 482. II. *Del ejercicio de los derechos.*

Aquel á quien pertenece un derecho que no está restringido por el de un tercero puede ejercitarlo en toda su estension y segun su voluntad, aun cuando otro sienta por ello un daño, (1) tiene la facultad de ejercitarlo por sí mismo ó de ceder á otro (2) su ejercicio; puede exigir de consiguiente, cuando se le ha concedido un derecho, que se le dé tambien, todo lo que podria impedir el ejercicio de este derecho; (3) el que puede lo *mas* puede lo *menos* (4). El que goza de las utilidades de una cosa está obligado tambien á sufrir las cargas inherentes á ella, (5) y finalmente el que tiene un derecho, tiene la facultad para enagenarlo en todo ó en parte, ora sea absolutamente, ora en beneficio de otro; esta facultad está sujeta, sin embargo, á muchas escepciones y restricciones (6).

(1) Fr. 55, 151. 155, §. 1. D. L, 17: Qui jure suo utitur neminem lædit, v. g. fr. 24, §. 12; fr. 26, D. XXXIX, 2. Nadie puede ejercitar su derecho sin utilidad, y solo por dañar á otro, fr. 1, §. 12, D. XXXIX, 3. fr. 38, in fine. D. VI. 1

(2) V. gr. fr, 12, §. 2. D. VII, 1.

(3) V. g. fr. §. 1. D. VIII, 2.-fr. 10. D. VIII, 1.-fr. 3, §. 3. D. VIII, 3.

(4) Fr. 21, 113, D. L, 17. pr. J. II, 3.

(5) Fr. 10, D. L, 17.-Cf. C. 1. §. 4, C. VI, 15.

(6) Pr. §. 2. J. II, 8.-C. 2, C. II, 14. Véase el §. 485.

§. 482. III. *Del tiempo legal para el ejercicio de un derecho*

La ley limita frecuentemente á un cierto tiempo (*tempus*) el ejercicio y duracion de los derechos, es decir, que no pueden ejercitarse ni antes ni despues del tiempo marcado por la ley.

El derecho romano distingue dos clases de tiempo, *continuo* (*tempus continuum*), y *útil* (*tempus utile*); cuyas expresiones se refieren tanto á la época en que ha de comenzar el tiempo, como á la de su duracion. El tiempo continuo que se refiere á la época en que éste ha de comenzar, es aquel que corre desde que tiene lugar un acontecimiento cierto, aun cuando aquel para quien corre no haya tenido conocimiento del suceso (1): el tiempo útil, por el contrario, es aquel que no comienza, sino desde el momento en que aquel para quien corre ha tenido conocimiento del suceso (2). En cuanto á la duracion, el tiempo continuo, es aquel que, principiando á correr, cuenta todos los dias segun se suceden en el calendario, y útil por el contrario, el que no cuenta los dias que se llaman feriados (*esperiundi potestas*) (3).

Con relacion al transcurso de tiempo ha de distinguirse en su computacion, el tiempo *natural* del tiempo *civil*: aquel se cuenta de momento á momento, y el espacio de tiempo que corre desde cierto acontecimiento, no concluye sino con el último momento (4); en el segundo solo se cuen-

(1) Fr. 8, D. III, 2.-fr. 31, §. 1, D. XLI, 3.-fr. 55, D. XXI, 1.-C. 8. C. II, 21,-C. 5. C. IX, 9.

(2) Fr. 8. D. III, 2. -fr. 6, D. III, 6. -C. 2, C. VI, 9.-C. 19.-C. VI, 30.

(3) Fr. 1, D. XLIV, 3.-fr, 2, D. XXXVIII, 15.

(4) F. 3. §. 3. D. IV, 4.-fr. 4. D. XXIII, 2.-C. 3, C. V, 60.-§. 8. J. II, 16.-fr. 6, D. XLIV. 7.

ta dia por dia, aplicando la regla de *dies novisimus cœptus pro completo habetur*. En derecho romano, dies novisimus postremus vel supremus, es el último dia de un espacio de tiempo, v. gr. en un año que comienza el primero de enero, el *diœs novisimus* es el 31 de diciembre, y basta solo que haya comenzado el dia para que se entienda transcurrido civilmente (*civiliter*) el año (1).

§. 484. IV. *De la adquisicion de los derechos.*

Tres elementos constituyen la adquisicion de un derecho: una persona capaz, una cosa ó un hecho que pueda formar el objeto de un derecho, y una manera de adquirir legítima, que descanse, ó inmediatamente sobre una determinacion de la ley, ó sobre un hecho jurídico por el cual se concede á otro un derecho. De éste último caso deriva el siguiente axioma «que nadie puede transferir á otro mas derechos que los que él tiene (2). Un derecho puede adquirirse por sí mismo, ó por tercera persona, y segun derecho moderno, esta tercera persona puede ser no solamente de las que tenemos constituidas en nuestro poder, sino es tambien un extraño á quien constituimos por nuestro procurador ó representante (3). Un derecho com-

(1) Fr. 8, D. II, 12.-v. g. fr. 6. 7. D. XLI, 3.-fr. 15, pr. D. XLIV, 3.-Con el fr. 6, D. XLIV, 7.

(2) Fr. 54. D. L, 17: Nemo plus juris in alterum transferre potest quam ipse habet.

(3) Véanse cuales eran los principios en el derecho romano: 1.º el padre de familia adquiere por las personas que se encuentran bajo su poder; 2.º no puede adquirir por extraños (*personœ extraneœ*) es decir, por personas que no estan bajo su potestad. Los procuradores no eran admitidos à adquirir derechos. Gajus II, 86, 96; III, 163, al 167. Ulp. XIX, 18.-21.- Inst. II, 9; III, 17, (18), III, 29 (30) fr. 73, §. IV,; fr. 123. pr. D. L., 17. Mas tar-

pletamente adquirido se llama *jus præsens*; por el contrario el que esperamos adquirir se llama *jus futurum*; que se divide en *jus delatum*, cuando la adquisicion depende solo de la voluntad del adquiriente (1) y en *jus nondum delatum*, cuando la adquisicion depende tambien de otras circunstancias y condiciones que faltando seria aquella imposible.

§. 485. V. *De la conservacion de los derechos.*

Para conservar los derechos pueden adoptarse los medios siguientes:

1.° La protesta, es decir, la declaracion, por la que se reserva uno reclamar contra las consecuencias perjudiciales que un acto pueda producir.

2.° La *reserva*, es decir, la retencion expresa de ciertos derechos, cuya renuncia se considera ó podria considerarse como una consecuencia de nuestra accion.

3.° La *prenda*, ó sea el derecho de retener en su poder la cosa agena poseida con legítimo título, v. g. cuando

de se cambió el segundo de estos principios, y se distinguia entre las adquisiciones civiles y naturales: éstas podian tener lugar por extraños, si habian sido apoderados al efecto ó sus actos se habian ratificado. Paulo V. 2. 2.- §. 5, J. II, 9.-fr. 53, 13, 20, §. 2,-D. XLI, 1-fr. 41. D. XLI. 3, C. 1. C. VII, 32. Los pasages siguientes demuestran que aun despues del derecho Justiniano los terceros extraños no podian adquirir civilmente: fr. 53. D. XLI, 1.-fr. 123, pr. D. L. 17, C. 1. C. IV, 27. Como hoy no hay diferencia entre las adquisicion civil y la natural, los procuradores se admiten como partes en una y otra indistintamente, bien tengan poder al efecto, bien sus actos sean posteriormente ratificados.

(2) Fr. 151; D. L, 16: *Delata hereditas* intelligitur quam quis adeundo possit consequi.

una cosa se empeña á consecuencia de un crédito; hay derecho para retener aquella hasta la extincion de éste; y el que la retiene puede rechazar con la excepcion de dolo (*exceptio doli*), la accion que se intente por su adversario para despojarle de la posesion que goza (1).

4.° La *caucion* que comprende toda clase de seguridad ó garantía que una persona da á otra para asegurar el cumplimiento de una obligacion (2). La caucion se divide en verbal (*re promissio*), y en real, á la cual pertenecen en particular las especies de fianza (*satisdatio sive fideijussio*) (3) y prenda (4).

5.° *La toma de posesion* (*missio in possessionem sive, in bona*) de la propiedad ó cosa particular de otro para asegurar ciertos derechos del que la pide (5). Por este medio el que detiene la cosa, obligándole á conservarla (*custodire*) y á administrarla (6), obtiene tambien ademas por la posesion un derecho de prenda (7), y luego que ha entrado en la posesion (*damni infecti causa ex secundo decreto*) adquiere la propiedad de la misma cosa, si el adversario la tenia, y siempre tiene el derecho de usucapion (8).

(1) §. 30. J. II, 1.-fr. 23, §. 4. fr. 27. §. 5. fr. 48, D. VI, 1-fr. 14, D. XLIV, 4.-fr. 18, §. 4, D, XIII, 6. fr. 1. pr. D. XX, 6 -fr. 14. §. 1, D. X, 3.-fr. 8. pr. D. XIII, 7.-C, 29, C. V. 12. C. un. C. VIII, 27.

(2) Inst. IV, 11.-D. II, 8, XLVI, 5.-8.-Cod. II, 57.

(3) C. 3. C. VI. 38.-fr. 1.-D. II, 8.

(4) Fr. 1. §. 9. D. XXXVII, 6,- Cf. Inst. III. 20, (21).

(5) D. XXXVI, 4; XXXVII, 9, XXXIX, 2; XLII, 4, 5, XLIII, 4.-Cod. VI, 54, VII, 72.

(6) Fr. 1, 12, D. XLII, 4.-fr. 5. §. 5. D. XXXVI, 4.-fr. 3. §. últ. fr. 10, §. 1. D. XLI, 2.

(7) Fr. 3. pr. §. 1. D. XXVII, 9.-fr 26. pr. D. XIII, 7. Cod. VII 22.

(8) La toma de posesion *ex secundo decreto* solo se verifica

6.° El *arresto*, prision y embargo, es decir, la restriccion que el juez impone á la libertad personal del deudor ó á la libre disposicion de sus bienes para seguridad de su acreedor. La prision y embargo no puede decretarse, sino es mediando justa causa, es decir, peligro manifiesto de que el acreedor no podria ejercitar sus derechos ú obtenerlos, estando el deudor en libertad y pudiendo disponer de sus bienes (1).

§. 486. VI. *De la extincion de los derechos.*

Todo derecho una vez adquirido existe hasta que hay una causa que motiva su extincion. Esta causa es voluntaria cuando los derechos concluyen:

1.° Por la *renuncia* (*renunciatio*); que consiste en el abandono de un derecho sin transferirlo á otra persona; (2) pero para que sea válida, es necesario que el derecho nos pertenezca, (3) y que tengamos un conocimiento exacto del objeto de la renuncia (4).

2.° Por la *enagenacion*. En el sentido lato de esta palabra se entiende por enagenacion, todo cambio que nosotros

---

cuando verdaderamente se ha sentido daño (*damnum infectum*) y ha sido infructuosa la toma de posesion *ex primo decreto*, es decir, cuando la caucion damni infecti no se dió en tiempo.

(1) Por derecho romano la prision es un medio de ejecucion cuando el deudor ha sido ya condenado al pago. De modo alguno un medio de seguridad para el que no ha sido condenado.

(2) Fr. 41, D. IV. 4.-C. 29, C. II, 3: Quilibet juri pro se introducto renunciare potest. C. 11, C. IV. 1: Ad jura renuntiata non datur regresus.-C. 4. II, 3.-C. 51. C. I. 3.

(3) Fr. 174. §. 1. D. L. 17: Quod quis si velit, habere non potest in repudiare non potest.

(4) Fr. 19, D. V, 2.-fr. 8, D. V. 3.

hagamos en nuestras cosas, tales son el acto de transferir á otra persona el derecho que nos pertenece, la renuncia de este mismo derecho, la constitucion de una servidumbre, de una prenda, de una hipoteca y la aceptacion de un pago. En un sentido mas extricto, la enagenacion es la translacion y cesion de un derecho, (1) y hablando con mayor precision, enagenar, es traspasar á otro la propiedad de una cosa que nos pertenece (2). El que es dueño de una cosa puede enagenarla á menos que por causas particulares le esté prohibido: estas causas pueden nacer de la ley, del juez, de una disposicion testamentaria ó de un contrato. La enagenacion hecha contra la prohibicion de la ley ó del juez, es nula; y aquel en cuyo favor está establecida tiene una accion real contra el tercero (3). La enagenacion hecha contra la prohibicion del testador, dá á aquel en cuyo perjuicio cede dos acciones, una real en persecucion de la misma cosa y contra aquel en cuyo poder se halle; otra personal contra el que enagenó en indemnizacion de los daños sufridos, segun que el testador haya hecho en favor de un tercero la prohibicion de enagenar, ó su propia cosa ó la de otra persona á quien se le hubiera legado (4). La inobservancia de la prohibicion de enagenar puesta en un contrato produce una accion personal contra aquel que enagenó en indemnizacion de los daños sufridos ó intereses perdidos, á no ser que al

---

(1) C. 7. C. IV. 61: Nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet.-fr. 54. D. L. 17.

(2) Fr. 67. pr. D. L, 16.-C. 1. C. V. 23.

(3) Fr. 5. §. 15. D. XXVII, 9.-C. 16. C. V, 37.-C. 15. C. V. 71.-fr. 3. §. 13.-D. XXIII, V.-C. 30 in fine. C. V. 12.-fr. 12. D. XLI, 3.-fr. 6, D. XLV, 1.

(4) C. 1, 2. C. VI, 43.-fr. 5. J. III, 28.-fr. 88, §. 14, D. XXXI. fr. 3. §. 3.-D. XXXVI, 1.

contrato se haya añadido el pacto, *reservati domini vel reservatæ hypothecæ* (1).

B. Un derecho puede perderse contra la voluntad de aquel á quien pertenece; pero en esta pérdida influyen diferentes causas, y deben tenerse presentes las siguientes reglas.

1.° Los derechos que se fundan en un estado (*status*) cesan con la pérdida de éste.

2.° Los derechos reales concluyen ó se extinguen con la cosa sobre que se fundaban.

3.° Extinguidas las obligaciones de cualquiera manera que sea, se extinguen tambien los derechos reales y personales que las mismas hayan producido.

4.° Cuando uno que solo tiene un derecho temporal é irrevocable sobre una cosa, se le concede á otro, en cuyo caso, perdiéndole aquel, le pierde tambien éste, ó cuando por causas posteriores tiene lugar la revocacion (2) (3).

5.° Realizada la condicion, ó concluido el término por el cual se habia concedido un derecho, concluye tambien éste (4).

6.° Se extingue igualmente el derecho, cuando aquel á quien pertenece deja de tener interés en su conservacion (5).

7.° Tambien puede privarse á cualquiera de su derecho por delito que cometa ó mal uso que de aquel haga (6).

8.° Los derechos en fin se extinguen por la prescripcion.

---

(1) Fr. 75. D. XVIII, 1.-fr. 21. §. 5, D. XIX, 1.-fr. 135, §. 3. D. XLV, 1-C. 3. C. IV, 6.

(2) Resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum.

(3) V. g. C. 8, 10, C. VIII, 56.

(4) V. g. fr. 4. pr. D. VIII, 1. fr. 4. D. VII, 1. fr. 6. pr. D. XX, 6.-fr. 44. §. 1.-2 D. XLIV, 7.

(5) Fr. 8. §. 6, D. XVII, 1.-fr. 136. §. 1, D. XLV, 1.

(6) V. g. . 3. C. XI 42.-Cap. 24, 10, 5. 33.

CAPITULO II.

DE LOS DERECHOS PARTICULARES (JURA SINGULARIA) Y DE LOS PRIVILEGIOS.

§. 487. I. *Idea general del jus commune et singulare.*

Las leyes positivas prescriben y sancionan reglas de derecho generales, y naturales (*regula juris sive ratio juris*), y fijan tambien por razones particulares principios que se separan de aquellas. En el primer caso las leyes sancionan un derecho comun (*jus commune*). En el segundo un derecho particular (*jus singulare seu exorvitans*) (1). Este derecho singular es favorable ó desfavorable (*jus singulare favorabile sive odiosum*), segun que contiene contra la regla comun y en favor de aquellas personas para quienes se ha establecido una ampliacion ó restriccion particular de sus derechos. El derecho particular favorable, se llama en derecho romano *beneficium juris aut privilegium*, que es de dos especies, ó personal (*beneficium personæ*), cuando ha sido concedido á una persona y no puede ejercitarse ni por sus herederos, ni por sus fiadores (2), causal (*beneficium causæ*) cuando se concede por un fin ú objeto de la ley, y en este caso puede ejercitarlo, no solamente aquel á cuyo favor se ha concedido, sino es sus herederos, fiadores y cesionarios (3).

---

(1) Fr. 14.-16. D. 1.-3.-fr. 141. pr. D. L, 17.

(2) Fr. 68, 196. D. L. 17. v. g. fr. 24. 25. D, XXII, 1. fr. 7. pr. D. XLV. 1. C. X. 47.

(3) Fr. 168, 196, D. L, 17.-fr. 7. §. 1. fr. 19. D. XLIV, 1, v. g. fr. 6. D. IV, 1. fr. 18. §. 5. fr. 24. pr. D. IV. 4. fr. 14. §. 2. D. IV, 2. C. 1. C. II. 34.

Uno y otro beneficio ó privilegio uo es aplicable, sino es cuando aquellos á cuyo favor se ha concedido le invocan (1).

§. 488. II. *Idea del privilegio en particular.*

Privilegio en el sentido lato de esta palabra, es todo favor introducido por la ley como excepcion de la regla comun. Este favor puede ser concedido por una ley general (*lex generalis*) á todos los súbditos que se hallen comprendidos en el caso que la misma ha previsto, y entonces es sinónimo de beneficio (*beneficium juris vel jus singulare favorabile*) (2); ó puede ser el resultado de una disposicion especial del legislador (*lex personalis*) en favor de una persona ó cosa determinada, y entonces es un privilegio en el sentido extricto (3). Del mismo modo que en derecho romano el *beneficium juris* se llama *privilegium* (4) asi tambien se llama *beneficium* el privilegio en el sentido extricto de su significacion (5).

§. 489. III. *De la division de los privilegios.*

Los privilegios propiamente hablando con relacion al *sujeto* á que pertenecen son ó *personales* (*privilegium perso-*

(1) Fr. 69. D. L, 17: invitum beneficium non datur fr. 156, ibid.

(2) En este sentido se habla de las prendas privilegiadas, de los privilegios del fisco, de los menores, de los soldados, de las mugeres y de los privilegios de la dote, fr. 40, 49, 44. §. 1. D. XXVI, 7. fr. 74. D. XXIII, 3.-C. VII, 73. 74.-C. 13, C. VIII. 18.-Nov. 97. C. 2, 3.-Nov. 109. c. 1.

(3) Fr. 1, §. 1, 2, D. I, 4.-§. 6. J. I, 2.

(4) Fr. 196, D. L, 17, y los pasages indicados en la nota anterior.

(5) V. g. fr. 3. D. I, 4.

nae) cuando se establecen en favor de una persona física, ó de una comunidad; ó *reales* (*privilegium rei seu prædii*) cuando se conceden en favor de una cosa (1). Con relacion á su *objeto* el privilegio se divide en *afirmativo* (*privilegium afirmativum*) (2) cuando garantiza algun derecho anterior, en negativo, *inmunitas vacatio*, y entre los modernos *privilegium negativum* cuando exime de un deber al que los otros súbditos estan sometidos. Finalmente, por la manera de adquirir el privilegio se divide en gratuito, *privilegium gratuitum* cuando es la consecuencia de una liberalidad del príncipe, y en óneroso, *privilegium onerosum* cuando se adquiere ó mediante una prestacion ó en recompensa de servicios hechos (3).

§. 490. IV. *De la naturaleza legal de los privilegios.*

La naturaleza legal del privilegio y sus efectos no puede determinarse mas que por su extension particular. Reglas generales. El privilegiado puede ejercer plenamente su derecho sin que persona alguna lo tenga para impedirle este ejercicio (4). El tiene por consecuencia el derecho de

(1) Fr. 1. §. 41.-43. D. N. XLIII, 20. Ordinariamente se coloca entre estos últimos los *privilegia causæ*; pero estos no son verdaderos privilegios y si *jura singularia*.

(2) Los *monopolios* . *monopolia* en virtud de los cuales una persona está autorizada á hacer sola y exclusivamente una cosa que otras podrian tambien hacer son una especie particular.

(3) Hay aun, una division comum de los privilegios en *privata gratiosa et conventionalia*, division insignificante, pues que la concesion y la aceptacion del privilegio tanto gratuito como oneroso se fundan siempre en un contrato.

(4) Fr. 3. D. I, 4.-C. 2, C. 1, 14.

impedir que otro alguno use del privilegio que solo á él está concedido (1).

El privilegio concedido á una persona física no puede ser ejercido sino es por ella (2); el de una comunidad puede serlo segun su naturaleza, bien por cada uno de los miembros de la comunidad, bien solamente por algunos funcionarios en nombre de toda la corporacion.

El privilegio concedido á la cosa puede ejercerse por todos los poseedores de la misma (3).

El privilegio es inseparable del que le ejerce, mas claro, el privilegio generalmente es personal, y asi la propiedad, ni puede cederse ni transferirse á otro (4), pero sí, el ejercicio del derecho que por él mismo se concede, si su naturaleza lo permite, como sucede en los privilegios afirmativos y negativos cuyo ejercicio solo es permitido á la persona del privilegiado.

§. 491. V. *De la extincion de los privilegios.*

El privilegio se extingue:

1.° Naturalmente: concluido el tiempo de la concesion (5), y si esta fué indefinida concluy econ la persona del privilegiado: asi pues, el privilegio concedido á una persona

(1) Cuando dos tienen iguales privilegios se aplica la regla privilegiatus adversus æque privilegiatum jure suo (sc. prohibitivo) non utitur.

(2) Fr. 1, §. 53, D. XLIII, 20.-fr. 1. §. 2. D. I, 4.

(3) F. 1. §. 43. D. XLIII, 20.

(4) Pero este es un privilegio real que se transfiere por la enagenacion de la cosa como ésta y las demas cosas al mero propietario.

(5) C. 2, C. I. 23.

física se extingue con la muerte de ésta (1); el concedido á una comunidad dura tanto tiempo cuanto la corporacion (2); el privilegio concedido en favor de una cosa se extingue con la destruccion de la misma, sin embargo, vuelve á existir tan luego como la cosa privilegiada es restablecida (3).

2.° Por la revocacion del príncipe, pero esta facultad solo le compete cuando fue concedido con la reserva ó bajo la condicion de poderle revocar, y cuando el bien del Estado exije la revocacion; pero en este último el privilegiado puede y tiene derecho á reclamar la indemnizacion competente.

3.° Cuando *del abuso que el privilegiado haga de su derecho* se irrogan perjuicios al Estado; el que puede por via de pena y mediante un juicio impedir el uso del privilegio (4).

4.° Por la renuncia expresa ó tácita (5). El derecho canónico tiene por renuncia tácita, el no uso del privilegio durante largo tiempo aunque el privilegiado haya tenido ocasion de usarle. Esta manera de extinguirse los privilegios se llama hoy por *prescripcion*, y el derecho canónico requiere generalmente el transcurso de treinta años, si el privilegio pertenece á persona ú cosa laical, el de cuarenta años á persona ó cosa eclesiástica (6).

(1) Fr. 1. §. 43, D. XLIII, 20.-C. 13, C. X, 47.

(2) Fr. 4, §. 3, D. L. 15.

(3) Arg. fr. 20, 2. D. VIII, 2.

(4) C. 3, C. XI, 43.-Cap. 43, X, 1, 3.

(5) Fr. 41, D. IV, 4.-C. 29, C. II. 3.

(6) Cap. 6. 15, X, 5, 33. En derecho romano los privilegios negativos se extinguen por el no uso, C. 2, C. X, 43. En cuanto á los privilegios afirmativos solo tenemos la disposicion del fr. 1. D. L, 11. El privilegio *nundinarum* se extingue por diez años.

§. 492. VI. *De la concurrencia y colision de los derechos singulares.*

El concurso ú concurrencia de muchos derechos se verifica por la reunion de derechos de diferentes personas sobre un mismo objeto, sin que alguna de ellas pueda ejercitar un derecho exclusivo. Cada uno ejerce el derecho que le es propio en toda su extension; pero este ejercicio de parte de cada uno limita las ventajas ó beneficios que los demas sacarian; al contrario una colision existe por la oposicion de los derechos de muchas personas, la cual no permite que una sola de estas goce plenamente del derecho que la pertenece. De la colision nace la duda sobre cual de los derechos ha de ser preferido; para determinarla, pues, servirán las reglas siguientes.

1.° El derecho especial debe ser preferido al derecho general; por consecuencia el privilegio tiene la preferencia sobre un derecho singular *(jus singulare)*, y este sobre un derecho comun *(jus commune)* (1).

2.° Si los derechos entre los cuales la colision existe son comunes y especiales, será preferente aquel á quien la ley favorezca mas (2).

3.° Cuando la ley no ha determinado expresamente cual de los derechos iguales entre sí es preferente, entonces ha

(1) Fr. 80, D. 4, 17 : In toto jure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.

(2) V. g. fr. 3, §. 2. D. XIV, 6. fr. 11, §. 7, fr. 12. pr. D. IV, 4. Tratándose de privilegios la ley concede tambien preferencia al mas antiguo.-C. 7. C. I, 19 C. 12, §. 1. C. VIII, 18.-Nov. 91. C. 1. Lo mismo en la prenda y en la hipoteca, fr. 12, D. XX, 4, pero no en otros derechos reales ni singulares.

de distinguirse : (*a*) ó bien los derechos están *directamente* en colision, es decir, que aquellos que los invocan pueden ejercitarlos uno contra otro, en cuyo caso el que ejercita su derecho para precaverse de una pérdida real, tiene la preferencia contra aquel que le ejecuta por lucrarse (1); pero si los dos tienen que temer una pérdida cierta, aquel es preferente que ha recibido del otro alguna cosa sin haberse enriquecido con ella (2), en los demas casos los dos derechos en colision se destruyen y ninguno puede ser ejecutado (3); (*b*) ó bien los derechos se hayan *indirectamente* en colision; es decir, ellos tienen relacion con un tercer objeto sobre el cual dos personas pretenden ejercer un derecho exclusivo; y entonces se prefiere al que está en posesion del objeto (4). Si ninguno de los dos está en posesion, ha de distinguirse si el objeto es divisible ó indivisible, en el primer caso, ha de dividirse entre todos aquellos que en él tienen igual derecho (5): en el segundo caso los derechos por regla general se destruyen, pero si las circunstancias ó la cualidad de los derechos *exijen* el ejercicio de uno de ellos, decide la suerte (6) á falta de disposicion terminante de la ley (7).

(1) Arg. fr. 14. D. XII, 6. Natura æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. V. g. fr. 11. §. 6, fr. 34. pr. fr. 27. §. 1. D. IV. 4.

(2) Fr. 11, §. 6, fr. 54. pr. D. IV, 4, et fr. 126. §. 2 ; fr. 128, pr. D, L. 17: In pari causa possessor potius haberi debet.

(3) V. g. fr. 36, D, IV, 3.-fr. 39. D. 24, 3.-fr. 17, D. XVIII, 6.-fr. 34, §. 3, fr. 57, pr. §. 3, D. XVIII, 1.

(4) Fr. 128, pr. D. L, 17.- v. g. fr. 6, §. 7; fr. 24, D. XLII, 8.-fr. 32, D. III, 3.-C. 15. C. III, 52.

(5) Fr. 33. D. XXX, y en el concurso de acreedores. C. 6, C. VII, 72.

(6) V. g. fr. 13, 14, D. V. 1.-fr. 5, D. X; 2.-C. 3. pr. C. VI, 43. et §. 23, J. II, 20.

(7) V. g. fr. 38, pr. §. 1, D. XLII, 1.-fr. 7, §. 19; fr. 8, 9, 10. D. II, 14,-fr. 58, §. 1, D. VII, 1.-C. 8. C. VII, 71.

CAPITULO III.

DE LAS ACCIONES Y EXCEPCIONES.



§. 493. I. *De las acciones.* a. *Idea de la accion.*

En el sentido general la *accion (actio)* es el medio de perseguir y hacer valer nuestros derechos en justicia, y en este sentido se comprenden bajo esta denominacion las acciones propiamente dichas, los interdictos, las excepciones y las restituciones (1). Tomada por el contrario esta palabra en una acepcion particular, la accion es el medio legal que tenemos; para conseguir que el *juez condene* á otro á que haga, deje de hacer ó preste aquello que tenemos derecho á exigir del mismo (2). La naturaleza de toda accion supone al menos dos personas; la que demanda *actor*, y la que es demandada *reus*. En un mismo proceso por regla general no puede uno ser actor y reo; hay sin embargo casos excepcionales en que se reunen á la vez tan distintos caractéres. El derecho romano llama á esta clase de acciones juicios dobles; *(judicia duplicia)* (3).

(1) Pr. J. IV, 6: Actio nihil aliud est, quam jus persequendi in judicio, quod sibi debetur.-fr. 1. D. XLIV, 1. Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur; nam reus in exceptione actor est.- Paul. *Rec. Sent.* I, 7. §. 1. Integri restitutio est redintegrandæ rei vel causæ actio.-fr. 37, pr.; fr. 51, D. XLIV, 7.

(2) Fr. 8. §. 1. D. L. 16. Actionis verbo non continetur exceptio.-fr. 2, pr. D. XLIV, 1.-fr. 52. D. XLI, 1.

(3) V. g. fr. 2, §. 3, D. 10, 2.-§. 7, J. IV, 15.-fr. 10. D. X, 1.-fr. 13, 14. D. V, 1.-fr. 37. §. 1. D. X. 44. 7.

§. 494. B. *De las diversas especies de acciones.* 1. *Por su origen.*

Las acciones de que el derecho romano habla se dividen por su origen: 1.° en acciones *civiles y honorarias (acciones civiles et honorariæ)* segun que toman su origen del derecho civil, ó que fueron introducidas por el edicto de los pretores ó de los ediles *(actiones prætoriæ et edilitiæ)* (1). Las acciones civiles que fueron establecidas en virtud de una nueva ley (*lex*), de una constitucion (*constitutio*), ó de un senado consulto (*senatus-consultum*), se llaman *condiciones* de la ley (*condictiones ex lege*) (2). Las acciones se dividen: 2.° en *acciones vulgares, seu directe et non vulgares sive in factum.* Las primeras son aquellas que fueron creadas para casos determinados y reconocidos admisibles; ellas tenian fórmulas invariables y concebidas en derecho ó en hecho *in jus vel in factum* segun que la accion del autor estaba fundada en el derecho civil ó en el Pretoriano (3). Las segundas, es decir, las *acciones vulgares sive in factum* en un sentido extricto son aquellas que carecen de fórmula propia (4). A esta categoría pertenecen (*a*) *las acciones útiles* ó aquellas que se han introducido por analogía de la accion directa. Efectivamente, el pretor concedia la accion útil para todos los casos en que no procediendo accion directa tenia analogía con los que la producen (5). Las *acciones ficticias*, asi llamadas por-

(1) §. 3, J. IV, 6.-fr. 25. §. 2. D. XLIV, 7.
(2) Fr. un: D. XIII, 2. fr. 41. pr. D. XLIV, 7.
(3) Gajus IV, 45, 47.
(4) Fr. 1, pr., fr. 11. D. XIX 5.
(5) Fr. 21. D. XIX, 5.-fr. 47, §. 1. D. III, 5.-fr. 29, §. 7. fr. 53. D. IX, 2.

que se fundaban sobre una ficcion, eran cierta especie particular de acciones útiles (1). Todas las acciones útiles y ficticias tienen su orígen en el derecho pretorio. (*b*.) Las *(prescriptis verbis actiones)* que se concedian cuando la accion emanaba de una obligacion civil, pero que por las modificaciones especiales del caso particular no era aplicable á alguna de las fórmulas invariables del derecho civil, tambien se daba en este caso una *formula in jus concepta* acompañada de una prescripcion *(prescriptio)* es decir, la introduccion de la fórmula referia las modificaciones del caso particular (2) (*c*). (Las acciones *in factum*) descansaban únicamente en la equidad del pretor, eran siempre concebidas con relacion á las circunstancias del caso y no se apoyaban en alguna fórmula preexistente (3).

§. 495. 2. *Por su fundamento.*

Por su fundamento ó causa, las acciones se dividen en *reales, personales y mistas* (*actiones in rem personam mixtæ*.

1.° La accion real en su sentido lato, es aquella que se deriva de un derecho absoluto; puede intentarse contra cualesquiera que perjudica á los derechos del que la ejercita. En este sentido se comprenden tambien en las acciones reales las præjudiciales, es decir, aquellas cuyo objeto es conseguir un estado ó un derecho de familia (4). Al contrario, en un sentido extricto, se entienden por acciones reales

(1) Gajus IV, 34, 36.-Ulpian, XIII, 12.
(2) Gajus IV, 130, 132.
(3) Fr. 1, pr.; fr. 11, D. XIX, 5.-fr. 25, §. 1.
(4) §. 13. J. IV. 6. D. XL, 12.-C. VII, 16. fr. 1. §. 2. D. VI, 1.-fr. 5, §. 18, D. XXV, 3. C. 9.-C. 8. 47

las que traen su orígen de la propiedad y demas derechos genereales, y tambien las que se emplean como medio de conseguir los derechos de sucesion, que en derecho romano se llamaban tambien *vindicationes* (1). Estas acciones tienen por objeto hacer que el juez reconozca el derecho del actor y haga cesar el perjuicio que siente.

2.° Las acciones personales que por derecho nuevo se llaman tambien *conditiones* (2), son aquellas cuyo objeto es exigir el complimiento de una obligacion y por consecuencia no pueden ejercitarse sino es contra la persona especialmente obligada (3). Estas acciones son tan diversas como las obligaciones, cuyo cumplimiento por ellas se demanda, y se fundan bien sobre un contrato ó un cuasi contrato *(actiones ex contractu vel cuasi ex contractu)*; bien sobre un delito ó un cuasi delito (*actiones ex delicto vel cuasi ex delicto*) bien en fin sobre una disposicion de la ley *(actiones sive conditiones ex lege)*. Las especies siguientes merecen expresarse (a): las acciones que nacen de los contratos ó de los cuasi contratos son *actiones directæ ó contrariæ* segun que tienen por objeto demandar la ejecucion de la obligacion fundada en el contrato, y que nace de su existencia, ó la ejecucion de una obligacion contraria á la cual el contrato no dá lugar directamente, y si por consecuencia y bajo diversas condiciones (4) (b). Las acciones que nacen de un contrato no pueden generalmente intentarse

(1) Gajus IV, 1, 3, 5.-§. 1, 2, 15. J. IV, 6.-fr. 25, pr.; D. XLCIV, 7.
(2) Gajus IV, 5, 18.-§. 15. J, IV, 6.-fr. 1. D. XIII, 2, fr. 25, pr. D. XLIV, 7. fr. 24, D. XII. 1.
(3) Gajus IV, 2.-§. 1, 15. D. IV, 6.
(4) V. g. fr. 17, §. 1.-fr. 18, §. 4. D. XIII, 6, fr. 8, §. 2. D. III, 5.-fr. 1. §. 8, D. XXVII, 4.

sino es contra aquel que está obligado y sus herederos; hay sin embargo casos excepcionales en que pueden dirigirse contra un tercero á quien por razones particulares ha obligado el hecho de uno de los contrayentes y entonces se llaman (*actiones adjecticiæ cualitatis*) (1): (c) á las acciones personales que nacen de los delitos pertenecen tambien los interdictos (*interdicta*) destinados á garantir la posesion, toda vez que no pueden intentarse sino es contra aquel que con algun hecho turba nuestra posesion ó nos priva de ella: muchos autores colocan los interdictos entre las acciones reales (2).

3.° Acciones mistas son ordinariamente aquellas que bajo un concepto se miran como reales, y bajo otro como personales, á esta clase pertenecen (a). Las tres acciones divisorias, *actio familiæ erciscundæ*, *communi dividundo finium regundorum*, cuyo objeto es no solo dividir la cosa hasta entonces comun, sino es demandar la ejecucion de ciertas prestaciones personales á las cuales el uno de los condueños está obligado respecto del otro (3) (b). Las acciones *in rem scriptæ*, que aunque rigorosamente son personales bajo diversas condiciones particulares pueden tambien ejercitarse contra el tercer poseedor de la cosa; tal es la accion *quod metus causa* (4); realmente todas las acciones llamadas mistas no son mas que acciones personales (5).

---

(1) Fr. 5, §. 1 in fine. D. XIV, 1.
(2) Fr. 1. §. 3. D. XLIII, 1: Interdicta licet omnia in rem videantur concepta vi tamen ipsa personalia sunt.
(3) §. 20. J. IV, 6. §. 464, 467.
(4) Fr. 9. §. 6, 8, fr. 14, §. 3, 5. D. IV, 2.
(5) Vinnius Ad. inst. IV, 6.

§. 496. 3. *Por su objeto.*

Se dividen las acciones por su objeto: 1.° en acciones *rei persequendæ causa comparatæ* (llamadas *actiones rei persecutoriæ*), en *actiones pœnales*, y en *actiones mistæ* (1). Entre las acciones *rei persecuendæ causa comparatæ* es necesario colocar todas las acciones reales y personales que tienen por objeto demandar la restitucion de una cosa y los daños é intereses (2). *Actiones pœnales* son las que nacen del delito y sirven para demandar una pena, que entre los romanos consistia principalmente en el derecho que tenia el actor de exigir del demandado, el doble, triple ó cuadruplo del daño causado (3). *Actiones mistæ* en este sentido son aquellas que naciendo de delito tienen su doble objeto, cual es el de solicitar la pena é indemnizacion de los daños y perjuicios irrogados (4). 2.° En acciones *especiales y generales* segun que ellas tienen por objeto perseguir una ó muchas cosas individuales ó una universalidad de derecho, (*universitas juris*) (5).

§. 497. a. 4. *Por el modo de intentarlas*

Las acciones segun los diversos modos con que podian seguirse en juicio se dividian en derecho romano.

1.° En acciones *stricti juris* (*judicia*, en el sentido estricto), y en acciones (*bonæ fidei*, *arbitraria*) (6). Esta

---

(1) Gajus IV. 6.-9.-§. 16. J. IV, 6.
(2) §. 17. J. IV, 6.
(3) §. 18. 21, 25. J. IV, 6.
(4) §. 19. J. IV, 6.
(5) Fr. pr. §. 1, 3, fr. 73. D. VI, 1. fr. 38. pr. D. VII, 2, judicia generalia en otro sentido.
(6) Gajus IV, 61.-68.-§. 28, 30, J. IV, 6.

division no se referia mas que á las acciones personales (1) y principalmente á la distincion que existe entre (*contractus stricti juris et bonæ fidei*). Lo que las acciones de derecho extricto tenian de particular, es que siempre el objeto de su prosecucion era *cierto*, y las obligaciones de donde nacian unilaterales, sin que jamas hubiese lugar á un *contrarium judicium* (2). La fórmula del juicio, *formula judicii* debia ser extrictamente redactada segun los términos del contrato, y el juez debia atenerse á ella tan exactamente que no podia de manera alguna hacer aplicacion de la equidad, tampoco podia ni reconocer el interés del actor, ni tomar en consideracion las exenciones del reo, sino es cuando los hechos en que éstas se fundaban destruian la accion *ipso jure*, es decir, en derecho civil, á no ser que el *pretor* hubiera intercalado en la *formula judicii* una excepcion capaz de destruir el efecto de la accion fundada en derecho civil. Las acciones de buena fé por el contrario, servian siempre para perseguir una cosa *incierta*. En semejantes casos el *pretor* añadia siempre á la fórmula *judicii* la cláusula *et cuanto æquius melius ó ut inter bonos agier oportet* (3). Estas palabras daban al juez (llamado aqui *arbiter*) la facultad de juzgar no solamente conforme á los principios de derecho extricto sino de tomar en consideracion lo que estaba sobreentendido con arreglo á los principios naturales de derecho y á la buena fé. Debia pues el juez reconocer el interés del

(1) Justiniano solamente declaró que la peticion de la herencia, heriditatis petitio, era una accion de bonæ fidei. C. 12, §. 3. C. III, 31.-§. 28. J. IV.

(2) Cic. pro Roscio com.; c. 1.-Gajus. III, 137.-§. 3, J. III, 22 (23).

(3) Cic. Tom., c. 17; De offi. III, 15, 17,

actor cuando la falta de cumplimiento del contrato era producida por el deudor, y absolver al reo de la demanda cuando habia para ello razones de equidad v. gr. dolo, fuerza, coaccion, aunque la fórmula no lo dijera expresamente (1): el demandado podia igualmente oponer *ex eadem causa* sus compensaciones (2).

Al lado de las acciones de derecho extricto y de buena fé, el derecho romano menciona las *actiones arbitrariæ*. Efectivamente, en ciertas acciones tanto reales como personales, el pretor dejaba al *arbitrio* del juez, el que luego que viese que el reo aparecia evidentemente obligado, ejecutará sin necesidad de prueba lo que pedia el actor: la oposicion del reo á someterse á este *arbitrio*, hacia continuar la demanda por sus trámites ordinarios, pero en caso de condenacion, el demandado sufria como pena consecuencias que le eran muy perjudiciales. El juez podia declarar *ex æquò et bono* toda la demanda, y condenar en ciertos casos al reo á pagar el cuadruplo (3).

§. 497. b. c. *Del concurso de las acciones.*

El concurso de muchas acciones existe generalmente cuando ellas se encuentran en la misma persona. El concurso es *objetivo* cuando una persona ejerce muchas acciones contra otra, y es de cuatro especies á saber: 1.° *acumulativo* cuando estas diversas acciones son dirigidas á un fin

(1) Se aplicaba el principio: dolum abesse oportere vel exceptio doli iis inesse, fr. 6. §. 9. D. XIX, 1. fr. 84, §. 5, D. XXX. fr. 21. D XXIV, 3.

(2) Gajus IV, 61.-§. 30. J. IV, 6.

(3) Gajus IV, 163, 165.-§. 31. J. IV, 6, et Theophl. ad h. l.-§. 14, §. 3 in fine, §. 4,-D. IV, 2. fr. 2. pr; fr. 3. D. VIII, 4.

y contra objetos diferentes; en este caso la una no se excluye á la otra, y cada cual produce los efectos que le son propios (1). Este concurso tiene lugar cuando el *mismo* hecho ilícito sirve de base á diversas acciones (2), ó cuando ellas nacen de *diversos* hechos, lícitos ó ilícitos (3), pero que tienden á diversos fines: 2.° el concurso *electivo* cuando en realidad estas acciones diversas descansan sobre bases diferentes, pero que ellas tienen todas el mismo objeto principal. El actor en este caso tiene el derecho de elegir entre sus acciones la que quiera ejercitar, y sino consigue su objeto puede intentar las otras (4); pero en el caso contrario ejercitada una accion, las demas se destruyen á menos que alguna de éstas no le ofrezca resultados mas ventajosos que los que ha obtenido (5); 3.° el concurso *alternativo* cuando las diversas acciones que tienen una base comun, tienen tambien diferentes objetos, pero que la eleccion del actor está restringida á la una ó á la otra. Hecha la eleccion quedan ineficaces las demas acciones, ora venza el actor, ora sucumba (6); 4.° el concurso *subcesivo* cuando una accion no

---

(1) F. 45. D. XVII, 2.-fr. 27. pr. D. IX, 21.-fr. 11. §. 2.-D. XI, 3.-fr. 54, §. 3. D. XLVII, 2.-fr. 7. §. 1. D. XIII, 1.-fr. 60. D. XLIV. 7.-fr. 130. D. L. 17.

(2) V. g. §. XIX, J. IV. 1.-fr. 5. §. 8. D. XIII, 6.-fr. 29. pr. D. XVI, 3. fr. 54. §, 1. D. XLVII, 2.

(3) Fr. 18. D. XLIV. 7.-fr. 2. §. 1, 4. D. XLVII, 1.

(4) Fr. 76. §. 8. D. XXXI.-C. 1. C. VI, 43.-fr. 18. §. 3. D. XIII, 5.-fr. 53, §. 1. D. XXXII,-fr. 12, §. 1. D. XLI. 2.-C. 14, C. III, 28.

(5) Fr. 28, XIX, 1. fr. 34. pr. in fine, D. XLIV, 7. fr. 47. D. XLVII. 2.

(6) Fr. 19. D. XXXI.-fr. 112. pr. D. XLV, 1.-fr. 4. §. 2. fr. 7. D. XVIII, 3.-fr. 9. §. 1. D. XIV, 4. fr. 4, §. 3. D. IX, 4.-C. 4. C. IV, 54.

puede ser intestada sino es con el objeto de seguir otra. Tal es el caso de las acciones perjudiciales ó preparatorias de otras (1), ó el de aquellas cuya naturaleza no permite intentarse mas que una sola vez, pero que despues de éstas aun son otras admisibles (2).

El concurso es *subjetivo* cuando una accion puede ejercitarse por muchos contra uno solo, ó por uno contra muchos, ó por varios contra varios. Hay aqui de notable, que las diversas acciones pueden intentarse simultánea ó subcesivamente (3), excepto el caso de que habiendo varios actores ó reos uno no tenga derecho y el otro no está obligado sino es para cuando el otro no haya recibido, ó entregado el objeto de la deuda (4).

§. 497. d. *De la transmision de las acciones.*

Las acciones se transmiten por sucesion universal, *subcesio per universitatem et ipso jure* tanto activamente á los herederos del actor, como pasivamente á los del reo. Esta regla sufre sin embargo las esenciones siguientes: 1.° las acciones penales, excepto la accion de injuria, se transmiten á los herederos del ofendido (5), pero no pueden dirigirse contra los herederos del culpable (6), á menos que éste no

---

(1) Fr. 23, §. 5. D. VI, 1.-fr. 3, §. 6, D. X, 4.-fr. 1. §. 1. D. X. 4.-C. 20, C. III, 36.-C. 13. C. III, 32.

(2) Fr. 20. §. 4. fr. 44. pr. D. X. 2.-fr. 4. §. 2. D, X, 3.

(3) §. 2. J. IV, 4.-fr. 44, D. XV, 1.-fr. 1. §. 17. D. XIV; 1. fr. 1. §. 10. fr. 2. fr. 3. D. IX. 3.-C. 5. C. V. 51.

(4) §. 1. J. III. 16. (17)-fr. 32, pr. D. XV. 1.-fr. 6. §. 4. D. IV, 9.-fr. 11, §. 8.-10. fr. 28. D. XLIV, 2, C. 28. C. VIII. 41.

(5) Gajus IV, 112.-§. 1. J. IV. 12, et Theophilo ad. h. l.

(6) Fr. 1. pr.; D. XLVII, 1.-fr. 111. §. 1. D. L, 17.

se haya enriquecido por el delito (1); las acciones *quæ vindicta spirant*, es decir, aquellas que sin aparentar una pérdida real pueden ejercitarse porque se ha herido el carácter de la persona (2), no pasan á los herederos del actor; pero pueden intentarse por él mismo contra los herederos del reo (3), si ellas no se fundan en un delito (4). Tanto la accion penal como la accion que *vindictam spirat* una vez intentadas, y una vez reunidas pasan á los herederos del actor y reo (5).

El actor puede igualmente transmitir á otro durante su vida por subcesion singular las acciones que le competan; pero esta transmision ha de ser hecha por cesion ó por delegacion.

§. 498. E. *De la duracion de las acciones.*

Toda accion concluye con el derecho que ella persigue; pero en tanto que este derecho existe, el actor tiene segun los principios generales la facultad de intentar en cualquier tiempo su accion.

Por el antiguo derecho romano las acciones eran generalmente perpétuas, y en algunos casos solamente, sobre todo las acciones pretorianas, la ley marcaba un tiempo dentro del cual habian de ejercitarse, pena de quedar ineficaces. Estas acciones se llamaban por oposicion á las primeras *acciones temporales* (6). El derecho nuevo por el contrario

(1) Fr. 38, 127, D. L, 17.-C. 1. C. IV, 17.

(2) V. g. la querellæ inofficiosi testamenti et donationis, la accion en revocacion de una donacion por causa de ingratitud.

(3) Fr. 6. §. 2. fr. 7. D. V, 2.-C. 5. 34, C. III, 28.-C. 7. 10. C. VIII. 56.

(4) §. 1. J. IV. 12.-fr. 13. pr. D. XLVII. 10.

(5) Fr. 26, 33, 58. D. XLIV. 7.-fr. 139. pr.; fr. 164. D. L. 17.

(6) Gayus, IV. 110.-pr. J. IV. 12.

concede generalmente á cada accion de las que eran perpétuas el término de treinta años (1), pasado el cual puede rechazarse y hacerse ineficaz por la prescripcion (*temporis exceptio sive prescriptio*). Los modernos llaman á esta manera de extinguir las acciones, la *prescripcion de acciones* que es una especie de *prescripcion extensiva.*

La regla del derecho nuevo por la que se fija el término de treinta años á contar desde el momento en que nacen las acciones para prescribirse (2), sufre las excepciones siguientes: 1.° hay acciones que durante cierto tiempo no están sujetas á prescripcion, como las que competen á la muger casada en los bienes dotales enagenados por el marido durante el matrimonio (3); las que competen á los hijos de familia para la reclamacion de los bienes adventicios enagenados inválidamente por el padre mientras dura la patria potestad (4); y finalmente las que competen á los pupilos mientras dura la menor edad (5). 2.°, otras acciones no se extinguen sino es por el transcurso de cuarenta años á contar desde el momento de su existencia; tales son las acciones de los bienes que corresponden al Estado y al patrimonio del príncipe, tambien las de las iglesias y esta-

(1) C. 3. 8, C. VII, 39.

(2) C. 3, C. VII, 39. Ex quo jure competere cæperunt. C. 7. §. 4. C. ibid.

(3) C. 30 in fine C. V. 12.

(4) C. 4. C. VI, 61.-C. 1. §, 2. C. VII, 40.-Nov. 22. c. 24.

(5) C. 3. C. VII. 39: sed *pupillare ætate duntaxat huic eximenda santioni.* Asi, desde el momento de la pubertad, la prescripcion de treinta años corre contra el menor; la prescripcion de las acciones temporales solas de un impuber ó de un menor, comienza á correr desde el momento de su mayor edad. C. 5. C. II, 41.

blecimientos de beneficencia, y las de las ciudades y villas (1). Tambien la accion hipotecaria en tanto que se puede intentar contra el deudor mismo y contra sus herederos (2), finalmente la accion intentada y pendiente ya por la litis contestacion la cual no se extingue sino es por el término de cuarenta años contados desde el último acto judicial, no obstante que anteriormente hubiera podido prescribirse por menos tiempo *prescriptio litis pendentis* (3): 3.°, en fin, las antiguas *actiones temporales* que en todo tiempo se extinguian por un lapso determinado y menor de treinta años, se extinguen tambien por el mismo espacio de tiempo (4), tales son todas las acciones pretorias que resultan del delito, y por consecuencia los interdictos cuyo objeto es proteger la posesion turbada, ó inquietada por algun hecho, tambien las acciones en restitucion, las ediles y la *querela inofficiosi testamenti* (5).

(1) C. 4. 6. C. VII, 39. C. 14. C. XI. 61. Segun las disposiciones anteriores de Justiniano, las acciones de las Iglesias solo se extinguian por el transcurso de cien años. C. 23, C. I, 2. Nov. 9, pero posteriormente se redujo este tiempo á cuarenta años. Nov. 111. Nov. 131. c. 6. Segun el derecho canónico, las acciones de la iglesia romana solo se extinguian por cien años. C. 16. qu. 13.

(2) C. 7. §. 1. C. 7. 39.

(3) C. 9. C. 7, 39.-C. 1. C. 7, 40.

(4) C. 3. C. VII, 39. Hæc autem actiones annis triginta continuis extinguantur non illæ quæ antiquis temporibus timitabantur.

(5) Pr. J. IV. 12.-fr. 28. D. XXI, 1,-fr. 3, §. 17. fr. 9. D. V. 2.

§. 499. *Principios particulares respecto la prescripcion de las acciones.*

Pasamos ahora á establecer algunos principios particulares sobre la prescripcion de las acciones:

1.° La prescripcion de las acciones se funda únicamente en la negligencia y descuido del actor y ésta es la causa de que en derecho romano no se examine la buena fé del que prescribe (1). Pero en derecho canónico, es necesario admitir que todas las acciones reales y personales cuyo objeto es pedir la restitucion de una cosa, no se prescriben si el poseedor de aquella lo es de mala fé, y que en todas las otras acciones personales, la negligencia del actor le perjudica aun cuando estuviera el reo de mala fé (2).

2.° La prescripcion de una accion comienza á correr desde el momento en que el derecho la reconoce (3), ó desde el en que el actor ha podido egercitarle (4).

3.° En las acciones que se prescriben por treinta ó cuarenta años el tiempo de la prescripcion es siempre continuo (*tempus continuum*), y en algunas acciones temporales, *util* (*tempus utile*), asi, pues, la prescripcion no es perfecta sino es despues de haber transcurrido el último dia *diès novissimus* (5).

(1) C. 8. §. 1. C. VII. 39. Si vero mala fide, etc.

(2) Cap. 5, 20. X. 2, 16.

(3) C. 3. C. 7. 39.-Ex quo jure competere cæperunt.-C. 7. §. 4. C. ibid.-C. 1. §. 1. C. VII, 40.-fr. 9. §. 3. D. XIII, 7.- G. Ad Kraetzer. Observ. de controversia, ex quo tempore jus quod venditori ex pacto de retrovendendo competit ab eo exercerit nequeat. Mogunt., 1829.

(4) Agere non valenti non currit præscriptio.

(5) Fr. 6. D. XLIV. 7. In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur non finit obligationem.

4.° La prescripcion de las acciones se interrumpe por el ejercicio de las mismas, por la *litis contestacion* (1), por la protesta hecha en debida forma (2), por el reconocimiento expreso y tácito de la deuda (3).

5.° La prescripcion de la accion produce el efecto de dar lugar á una excepcion contra la demanda (*exceptio, prescriptio*), se sigue de aqui que la extincion de la accion no produce para el actor la pérdida absoluta de su derecho, pero aunque es verdad que podrá todavía hacer valer su derecho por otro medio, v. g. por una excepcion, no puede hacerlo nunca por una accion (4).

6.° No existe restitucion contra la prescripcion de treinta y cuarenta años (5).

§. 500. II. *De la litis contestacion.*

En el antiguo procedimiento romano la *litis contestacion* consistia en un doble acto de las partes. Efectivamente, luego que el actor introducia su accion, y que era admitida por el pretor, se fijaba un término para litigar, ó mas bien dentro del cual se habia de sustanciar el proceso. Durante este tiempo el actor exponia su accion, el reo la contestaba

(1) C. 9. C. VII, 39.-C. 2. C. III, 19. C. 10. C. VII, 32. C. 1, 2, 10. C. VII, 33.
(2) C. 2,3. C. VII, 40.
(3) V. g. C. 7. §. 5. C. 8. §. 4. C. XII. 39. fr. 18, §. 1. D. XIII, 5.-C. 5. C. XIII, 40. C. 19.-C. IX. 21.
(4) De aqui la regla Quæ ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua, fr. 5. §. 6. D. XLIX, 4.-C. 5, 6. C. XIII, 36. convinada con C. 2. C. XIII, 31.-fr. 2. D. XLIX, 3. fr. 59. D. XXI, 1.
(5) C. 3, 4. C. XII. 39.

ya confesando (*confessus in jure*) los hechos en que se fundaba la accion; ya negándolos, ya en fin, alegando excepciones por medio de las cuales queria destruirla. La demanda del actor, y la respuesta del reo formaban una reunion de hechos llamada *litis contestatio* (1), y la que constituia el proceso pendiente *lis pendens*, cuyas consecuencias eran muy importantes. En derecho nuevo (2): 1.° la *litis* contestacion interrumpe la prescripcion no solo de la accion, sino que tambien la *usucapcion* por parte del demandado (3): 2.° la cosa que forma el objeto del proceso se hace litigiosa *res litigiosa*: no pudiendo pues el actor ceder la accion intentada ni el reo enagenar ni cambiar la cosa objeto del litigio (4): 3.° contestado el pleito ha de seguirse por el juez que de él conoce, sin que se pueda alegar por el reo la incompetencia de jurisdiccion (5): 4.° el reo puede intentar ante el mismo juez que conoce de la demanda la mútua reconvencion contra el demandante, sin que éste tampoco pueda alegar la in-

(1) Este nombre viene de que antiguamente los romanos tenian por costumbre que el actor al comenzar el proceso acudiese al testimonio de algunas personas que estaban presentes lo que se llamaba antestari ó contestare. Festus D. v. sig. sub voce contestari. De aqui tambien se llama al actor, actor litem contestatu: fr. 48. D. XLVI, 2, fr. 3. §. 10. D. XLVI. 7.-fr. 11. pr. D. XIII. 7.-fr. 35. §. 2. D. XII, 2. y la C, 1. C. III. 9. Nov. 96, c. 1. Se decia del reo judicium accipit, fr. 48. §. 2. D. V. 1. fr. 16. D. III, 3.
(2) El derecho nuevo no habla mas de la *novatio necessaria* que en el derecho antiguo era en un *judicium legitimum* la consecuencia de la litis-contestacion.
(3) C. 9. C. VII. 39.-D. 10. VII, 32. C. 2, 10. C. VII, 33.-C. 2, C. III, 19. C. 3. C. VII, 40.
(4) D. XLIV. 6.-Cod. VIII, 57.-fr. 13. D. X. 2.-fr. 12. D. VI, 1.-Nov. 112. C. 1.-Clem. 2, ut lite pendente (11-5).
(5) Fr. 19. pr. D. II, 1.-fr. 7. 30, 34. D. V. 1. Cap. 19. X. 2, 2.-Cap. 20. X. 1. 20.

competencia en la jurisdiccion (1): 5.° desde el momento en que tiene lugar la litis contestacion el poseedor de la cosa litigiosa, aunque hasta entonces haya sido considerado como de buena fé, deja de serlo en cuanto á lo accesorio que está obligado á restituir con la cosa principal; de aqui es, que cuando se condena alguno á la devolucion de la cosa con sus frutos, se entienden estos los vencidos desde la contestacion de la demanda (2): 6.° por la litis contestacion se trasmiten á los herederos, y contra los herederos las acciones que carecen de esta cualidad (3): 7.° últimamente, la litis contestacion produce la *prorogacion de jurisdiccion* cuando el reo demandado ante un juez incompetente no alega antes de ella la excepcion *judicis incompetentis* (4).

§. 501. III. *De las excepciones.* (5).

El demandado tenia por derecho romano muchos medios para contestar á la accion que contra él se ejercitaba.

1.° Podia por la litis contestacion negativa, negar simplemente los hechos en que se fundaba la afirmativa del actor.

2.° Podia alegar nuevos hechos por los cuales se des-

(1) Nov. 96. c. 2. §. 1. Cap. 3. De rescriptis.
(2) Fr. 20, §. 11; fr. 25, §. 7; fr. 74. pr. D. V, 3.-fr. 20, 45. D. VI, 1.-fr. 2. 34, 35. D. XII, 1.-C. §. 1, C. III, 31.-C. 22, C. III, 32.
(3) §. 1, J. IV, 12.-fr. 26, 58, D. XLIV, 7.-fr. 87, 139, 164, D. 4. 17.-C. 5. C. III, 28.-C. I, 20.
(4) Fr. 51, 52, pr. D. VI, 1.-C. 13, C. VIII, 36. Cap. 19, X, 1, 29.
(5) Gajus IV, 116 seq. Inst. IV, 13.-Dig. XLIV, 1.-Cod. VIII, 36.

truyese *ipso jure*, es decir en derecho civil, la accion intentada; este medio anulaba toda accion como si por ejemplo, siendo la demanda por una deuda se excepcionaba de pago ó de remision por aceptilacion (1); y el juez debia deliberar de oficio *ex offitio* cuando no se le habia *privado* la facultad de hacerlo por la fórmula del juicio, *formula judicii*.

3.° En fin, el reo podia invocar hechos que sin destruir la accion, *ipso jure* le dieran derecho á la proteccion del pretor *quia iniquum foret eum condemnari*, v. g. probando que solo habia convenido por el dolo, fuerza ó miedo que contra él se usára, ó bien que la deuda le habia sido remitida por el pacto de *non petendo*. Estos medios de proteccion que el pretor daba por equidad contra una accion fundada en derecho civil, y que insertaba en la fórmula del juicio para que fueran respetados por el juez, se llamaban *excepciones sive prescriptiones*. La accion no era destruida *ipso jure* pero sus efectos se anulaban por la excepcion (2). En el derecho moderno, la idea de excepcion es mucho mas lata que en derecho romano.

Con relacion á su orígen, las verdaderas excepciones se fundaban en derecho romano sobre el edicto del pretor; posteriormente tambien las introdujeron las leyes y los senados-consultos, y de aqui nace la division en *civiles y pretorias ú honorarias* (3). Con relacion al efecto que producen, divídense las excepciones en *perentorias* ó *perpetuas peremtoriæ sive perpetuæ*, aquellas que destruyen para siempre la accion en todo ó en parte; y en *dilatorias ó temporales* aquellas que suspenden los efectos de la accion por determinado

(1) Gajus, III, 168.-181.
(2) Gajus IV, 116, 117.-pr., §. 1.-5, J. IV, 13.
(3) Gajus IV, 118.-§. 7,-J. IV, 13.

tiempo (1). Finalmente, con relacion á la persona que las ejercita se dividen las excepciones, en *personales ó inherentes* á la persona; (*exceptiones in personam conceptæ sive personæ inhærentes*), *y reales* ó inherentes á la *cosa* (*in rem conceptæ seu rei cohærentes*): las primeras son enteramente personales, y no pueden ejercitarse mas que por la persona á quien la ley las concede; las segundas por el contrario se dirijen al hecho ó á la cosa que es objeto del litigio, y pueden ser opuestas por cualquiera que en el mismo tiene interés; v. g. por los herederos y fiadores del verdadero deudor (2).

§. 502. *De la duracion de las excepciones.*

Por regla general las excepciones son imprescriptibles puesto que su uso está subordinado á la condicion de la demanda (3). Este principio se aplica no solo á aquellas excepciones que no pueden hacerse valer mas que en concepto de tales por la naturaleza misma del derecho que le sirve de base (4), si que tambien á los casos en que el derecho sobre que las excepciones se fundan habria podido proseguirse por una accion extinguida por la prescripcion (5). Hay sin embargo algunas excepciones que se extinguen con el lapso de cierto tiempo, es decir, cuando la

(1) Gajus IV, 120,-125.-§. 8.-10, J. IV, 13.-fr. 3, pr., D. XLIV, 1.
(2) Fr. 7. D. XLIV, 1-§. 4. J. IV. 14.-fr. 24, 25. D. XLII, 1.
(3) Fr. 5.-§. 6, D. XLIV, 4.-C. 5, 6, C. VIII, 36.
(4) V. g. La excepcion solutionis et *pacti de non petendo.*
(5) V. g. la excepcion red hibitoria (*exceptio red hibitoriæ*), fr. 2, D. XLIV, 3. convinado con el fr. 59, pr. D. XXI, 1. Véase §. 499, not. regla quæ ad agendum sunt temporalia etc.

accion á que hubieran podido oponerse no se ejercitó durante un tiempo determinado (1).

§. 503. IV. *De la réplica.*

Asi como el reo puede excepcionar contra la demanda, el actor puede con nuevos hechos y circunstancias y aun con razonamientos particulares de derecho hacer nula la excepcion propuesta, y sostener ó corroborar su demanda. Esta nueva alegacion del actor se llama réplica (*replicatio*) (2).

§. 504. V. *De la dúplica.*

La respuesta del reo á la réplica se llama *dúplica* (*duplicatio*) (3), asi como la réplica del actor á la dúplica se llama *tríplica* (*triplicatio*) (4). No se puede determinar generalmente el número de estas respuestas: en primera instancia se cierra ordinariamente el debate con la dúplica y siempre debe concederse últimamente al reo la palabra.

§. 505. VI. *De la duracion de las réplicas y dúplicas.*

Las réplicas dúplicas, y todas las respuestas recíprocas de las partes deben considerarse generalmente como excepciones y por imprescriptibles (5), sin embargo, la accion prescripta no puede ponerse como réplica (6).

(1) A esta clase pertenecen la excepcion *non numeratæ pecuniæ*; la excepcion *dotis cautæ sed non numeratæ*; y la excepcion *non solutæ pecuniæ.*
(2) Fr. 2. §. 1; fr. 22, §. 1, D. XLIX, 1.-Principalmente, pr. J. IX. 14. v. g. fr. 9. §. 4, D. XII, 2.-Gajus IX, 126.
(3) §. 1. J. IX, 14. Gajus IX, 127.
(4) §. 2. J. ibid.-fr. 2. §. 2, 3. D. XLIV, 1.-Gajus IX, 128.
(5) Fr. 2. §. 1-3; fr. 22, §. 1. D. XLIX, 1.-C. 6, C. XIII, 26.
(6) Fr. 9, §. 1. D. XII, 3.

INSTITUCIONES

DE

DERECHO ROMANO.

PARTE ESPECIAL.

INTRODUCCION.

§. 506. *Sistema del derecho civil romano.*

El sistema del derecho civil romano se divide segun el órden de las *Institutas* de Gajo y Justiniano, en tres partes principales: *omne jus quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones* (1); pero si bien los jurisconsultos están conformes en la antecedente division discuerdan sobre la idea y contenido de cada una de estas tres partes.

Efectivamente, los unos clasifican las materias de cada una de ellas del modo siguiente:

(1) Gajus I, 8.-§. J. I, 12.-fr. 1. D. I, 5.-Theophilo, ad pr. J. I, 3; ad pr. J. II, 1; ad pr. J. III, 13; ad pr. J. IV. 6.

1.° El derecho de las personas *jus quod ad personas pertinet jus personarum*, dicen ellos contiene: los principios sobre las personas como sujetos de los derechos, los de la capacidad y de la sumision de una persona al poder legal de otra, es decir, los derechos del estado y del poder legal (*jura status et potestatis*). Inst. I. 3.-26.

2.° El derecho de las cosas (*jus quod ad res pertinet jus rerum entre los modernos*), contiene los principios sobre las cosas como objetos de derechos y tambien aquellos derechos que se pueden tener sobre las cosas, ó sean los derechos reales. Esta parte segun el órden de las Institutas contiene á los derechos sobre las cosas, consideradas como tales, y sin relacion á la influencia, que pueden ejercer las relaciones de familia y los casos de muerte (*derecho de cosas puro*) Institucion. II. 1. 7. (b): los derechos sobre las cosas determinadas por las relaciones de familia (*derecho de las personas aplicado*). Inst. II. 8. 9. (c): los derechos sobre las cosas determinados por el caso de muerte (*sucesiones y legados*). Inst. II. 10. 25. III. 1.-13.

3.° *El derecho de las obligaciones y acciones* (*jus quod ad actiones pertinet, jus obligationum et actionum*) expone la materia de los derechos personales que un individuo ejerce contra otro que le está particularmente obligado. Pertenecen á esta division no solamente las *obligaciones*, si que tambien las *acciones* tanto *reales*, como *personales*; porque suponiendo necesariamente toda accion perdida ó menoscabo en nuestros derechos, se presentan bajo la forma de una obligacion contra aquel que causó ó produjo la pérdida ó daño. Inst. III. 14. 30. IV. 1.-15.

Finalmente, la materia del procedimiento judicial forma el suplemento del derecho privado. Inst. IV. 16.-18.

Otros autores siguen diferente sistema; segun ellos:

1.ª *El derecho de las personas* contiene los principios sobre las personas y su capacidad en general, y la de los derechos de familia en particular. Inst. I. 3.-26.

2.º *El derecho de las cosas* comprende los principios sobre las cosas, y todos los de propiedad. A esta division pertenecen (a) *los derechos reales* y tambien los que corresponden á las cosas individuales. Inst. II. 1.-9. Y aquellos que tienen por objeto una universalidad de cosas, como el derecho de sucesion. Inst. II. 10. 25. III. 1. 12.-13; (b) los derechos *personales* ó las *obligaciones* consideradas bajo el aspecto de una prestacion á que está obligada una persona determinada. Inst. III. 13. (14) 39. (30) IV. 1.-5.

3.º *El derecho de las acciones comprende*; finalmente los principios sobre las acciones y su prosecucion en justicia. Inst. IV. 16.-18.

Estos dos modos de clasificar las materias difieren, en que, por el primero las obligaciones pertenecen á la tercera parte, es decir, á las acciones, y por el segundo son colocadas en el tratado de cosas. Segun la misma naturaleza de las obligaciones y acciones consideradas como derechos de una misma especie, merece preferencia el primer sistema; pero si solo se atiende al órden externo de las Institutas de Gajo y de Justiniano, es preferible el segundo.

§. 307. *Resumen del órden adoptado en esta obra.*

El órden de las *Instituciones* adoptado en las seis primeras ediciones de Mackeldey presenta muchos inconvenientes y dificultades para la exposicion del derecho romano moderno, dificultades é inconvenientes que nacen sobre todo de la separacion de los derechos personales, puros y aplicados; de la separacion de muchas acciones de los derechos

á los cuales se refieren, y del lugar en fin que ocupa el derecho de sucesion (1). Expuestos ya los principios generales de todo el sistema de derecho será mas útil adoptar otro órden en la exposicion de las materias particulares. De cuantos métodos se han ensayado merece preferencia el de que se sirvió Hugo para el derecho moderno, pues si bien le abandonó fue adoptado definitivamente por Heisse, y hoy le sigue el mayor número de autores, á el cual tambien nos hemos adherido. Esta clasificacion hecha de los principios generales, es la siguiente.

1.º *El derecho de las cosas, ó los derechos reales.*

2.º *El derecho de las obligaciones.*

3.º *Los derechos de familia* ó la materia de las relaciones de familia y los derechos reales y personales que de la misma se derivan.

4.º *El derecho de sucesion* ó la materia de sucesiones y legados; y como suplemento.

5.º *La restitucion (in integrum restitutio)*, y

6.º *El concurso ú ocurrencia de acreedores.*

---

(1) Observemos el lugar que ocupa el derecho de sucesion, en el sistema de las Instituciones. Efectivamente se le considera como una manera de adquirir la propiedad; *quæ fit per universitatem*, y por esta razon se trata del inmediatamente despues de la materia de propiedad. §. J. II, 9. Mas precisamente, porque el derecho de sucesion es una adquisicion de propiedad por universalidad, es decir, por el se adquiere la fortuna de un difunto, como un todo jurídico, no solamente la propiedad del difunto, sino es todos los demas derechos, y particularmente sus obligaciones activas y pasivas pasan á su heredero. Cuya razon nos empeña en no explicar el derecho de sucesion, sino es despues de la materia de propiedad, de los derechos reales y de las obligaciones.

LIBRO PRIMERO.



DE LOS DERECHOS REALES.

§. 508. *Idea y naturaleza general de los derechos reales.*

Derecho real es aquel que nos pertenece inmediatamente sobre una cosa sometida en su virtud á nuestro poder legal, y á nuestra voluntad bajo todas sus relaciones, ó bajo algunas solamente.

De la idea y naturaleza del derecho real derivan los principios generales que siguen: 1.° todo derecho real produce la posibilidad *legal* de disponer de la cosa, y se distingue esencialmente de la simple posesion ó sea de la posibilidad *física* de disponer de una cosa. El derecho real no está, pues, de modo alguno subordinado á la condicion de la posesion y se conserva aun perdiendo ésta: 2.° todo derecho real considerado en si mismo, es un derecho absoluto, es decir, que aquel á quien pertenece, le ejerce inmediatamente contra todo otro sobre la misma cosa, y él existe sin que una persona determinada esté particularmente obligada. A este derecho corresponde el deber negativo de todos para no turbar en el ejercicio de su derecho aquel á quien compete; y esta es la distincion principal entre el derecho real, y las obligaciones: 3.° todo derecho real puede perseguirse por una accion real, (*actio in rem*), que ejercite aquel á quien

pertenece contra cualquier poseedor de la cosa (1), 4.° y último, todo derecho real ha de concluir necesariamente con la destruccion total de la cosa sobre que se ejerce (2).

§. 509. *De las especies de derechos reales en derecho romano.*

Los derechos que se pueden tener sobre cosas individuales son en derecho romano de dos especies, el *dominio y los derechos in re (dominium et jura in re).* Estos últimos deben considerarse como partes constituyentes de la propiedad aunque separados de esta, y perteneciendo á otra persona distinta del propietario como derechos particulares; por esta razon los modernos les llaman tambien *jura in re aliena.* Pertenecen á esta clase las servidumbres, enfitéusis, el derecho de prenda, y el de hipoteca. Ademas de la propiedad y los *jura in re* que acabamos de nombrar, debe tambien considerarse como derecho real, el *derecho de subcesion* como derecho del heredero sobre la herencia que le ha sido trasmitida; en efecto, este derecho puede perseguirse por una accion real (*actio in rem*); aunque con relacion á su objeto se distingue de todos los otros derechos reales, en que no tiene como estos por objeto cosas individuales, y si todos los bienes relictos por el difunto considerados como un todo legal ó una universalidad de derecho (3).

(1) §. 1. J. IV. 6.-Gajus, IV, 3.-fr. 25, pr. D. XLIV. 7.-Du Roi 1, c. p. 416.

(2) Fr. 8. pr. D. XX. 6,-C. fr. 23, D. VII, 4.-fr. 14. D. VIII, 6.

(3) El derecho romano considera el derecho de sucesion ya como una adquisicion por universalidad (*adquisitio per universitatem*).-§. 6, J. II. 9; ya tambien como el derecho del heredero sobre la sucesion adquirida, ó como una cuasi propiedad de la herencia (*cuasi dominium hereditatis*) §. 7. J. II, 19; fr. 48, pr. D. XVIII, 5. Tomado en esta última significacion pertenece ciertamente á los derechos reales, porque la nocion de derecho real com-

La posesion por el contrario que considerada en sí misma no es un derecho (1), sino es un estado de hecho tiene tambien bajo ciertas condiciones, consecuencias legales, puesto que produce diversos derechos con los cuales estan en relacion principalmente el derecho de usar de los interdictos, y el de usucapcion. Los principios que rijen la posesion considerada como un estado legal transitorio, deben, pues, preceder á el tratado de propiedad y al de los derechos reales.

CAPITULO PRIMERO.

DE LA POSESION.

TITULO PRIMERO.

DE LA POSESION EN GENERAL.

§. 510. I. *De la idea y naturaleza legal de la posesion.*—1. *De la tenencia.*

La *posesion* en el sentido gramatical de la palabra es un hecho por el cual una persona tiene en su poder una cosa de tal manera que puede disponer de ella segun su voluntad, y con exclusion de otro alguno. Esta relacion física que

prende la de poderle perseguir por una accion real (*actio in rem*) y la peticion de la herencia (*hereditatis petitio*) que compete al heredero para reclamar la sucesion, es una accion real. Estos dos modos de examinar el derecho de sucesion son los que nos obligan á explicarle separadamente.

(1) Fr. 1. §. 3. D. L, 2: *possessio facti non juris est.*

existe entre un hombre y una cosa se llama *tenencia* fundamento de toda idea de posesion (1).

§. 511. 2. *De la verdadera posesion.*

Mas para que este hecho puramente corporal pueda convertirse *en verdadera posesion* (*possessio*), y producir ciertos derechos, es necesario que el tenedor añada al hecho de la detencion la intencion (*animus*) de querer poseer la cosa como suya propia (2). Asi, pues, cuando la intencion del que tiene una cosa es poseerla como *cosa de otro* y no ejercer mas derechos que los de propiedad correspondiente *á aquel*, el derecho romano dice: *non possidet*, esto es, no tiene la verdadera posesion, ó mas bien, *alieno nomine possidet* posee por otro (3).

§. 512. 3. *De los efectos de la verdadera posesion.*

La verdadera posesion da al que de ella goza el derecho de poder ejercitar los interdictos, y el de poder llegar á la propiedad por medio de la usucapcion (4).

(1) Fr. 1. pr. D. XLI. 1: Possessio appellata est ut et Labeo ait á pedibus, quasi positio: quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit.

(2) Es necesario no confundir la posesion con la propiedad: puede tenerse la posesion propiamente dicha de una cosa sin ser propietario de ella y vice-versa, ser propietario sin poseerla. Por esta razon dice el fr. 12. §. 1. D. LI. 2: nihil commune habet proprietas cum possessionem, fr. 52. pr. D. ibid.

(3) El comodatario. el positario y el colono (colonus) solo tienen la detencion de la cosa, fr. 13, pr.; fr. 30, §. 6. D. LI, 2.- fr. 9, D. VI, 1.

(4) Estas son las consecuencias que derivan de la verdadera posesion que se llama *jus possessionis ó derecho nacido de la po-*

1. *El derecho de usar de los interdictos* supone la existencia de una verdadera posesion cualesquiera que sea por otra parte las demas cualidades de éste. El que posee injustamente, puede por regla general invocar los interdictos cuando otros le turban en la posesion (1).

2. *La usucapcion* supone igualmente la existencia de una verdadera posesion; pero esta condicion por si sola no basta, es necesario ademas que la posesion haya comenzado de una manera justa y de buena fé (*bona fide*) y que la cosa objeto de la usucapcion sea capaz de usucapirse.

§. 513. 4. *Especies de verdadera posesion.*

La verdadera posesion es de dos especies: *possessio ad usucapionem et possessio ad interdicta.* Estas dos especies en que se divide la verdadera posesion estan entre sí en la relacion siguiente: *La possessio ad usucapionem* es destinada á producir algunos efectos mas que la *possessio* ad *interdicta*, la que se contiene siempre en la primera (2), y lo que no tiene lugar vice-versa. A esta diferencia de las dos especies de la verdadera posesion se refieren las expresiones que

---

sesion. Savigny §. 2.-5. La expresion *jus possessionis* se encuentra en el fr. 44, pr. D. XLI, 2. fr. 2, §. 38, D. XLIII, 8. fr. 5. §. 1. D. XVIII, 6.-C. 5. C. VII, 16. El jus possidendi ó el derecho sobre la posesion se diferencian esencialmente; este no es mas que la consecuencia de otro derecho y de él no nos ocupamos en en este lugar porque solo miramos la posesion como un hecho existiendo por sí mismo y como origen de derecho.

(1) Fr. 1, §. 9; fr. 2. D. XLIII. 17.

(2) El que posee *ad usucapionem* puede tambien invocar los interdictos á no ser que este derecho pertenezca por una razon enteramente particular á distinta persona. Tal es v. g. el caso del acreedor prendario, fr. 16. D. XLI, 3.

usan los jurisconsultos romanos para indicar las relaciones legales de esta posesion con la usucapion y los interdictos.

1. *La possessio ad usucapionem* sola se llama *possessio civilis*, y cuando reune las cualidades que se requieren para la usucapion se dice: *civiliter, jure civili possidet* (1). Toda posesion que no reune estas cualidades, bien sea simple tenencia, bien verdadera posesion, se llama *possessio naturalis* en oposicion á la *possessio civilis.*

2. *La possessio ad interdicta* se llama entre los jurisconsultos romanos simplemente *possessio*; cuando se emplea esta palabra en su acepcion técnica, es decir, para designar la verdadera posesion se expresa tambien por el verbo *possidere.* Toda otra posesion que no está garantida por los interdictos como la simple detentacion, se llama nuevamente *possessio naturalis.* La simple tenencia de la cosa se nombra tambien con los verbos *tenere, corporaliter possidere, esse in possessione* (2).

§. 514. 5. *Otras divisiones de la posesion en general. a. Possessio justa vel injusta.*

Con relacion á la causa (*causa titulus possessionis*) por la cual se posee ó se tiene simplemente una cosa, la posesion es *possessio justa vel injusta. Possessio justa* es toda posesion adquirida conforme á derecho, y cuya causa autorizan las leyes, ya sea una verdadera posesion, ya una simple deten-

---

(1) Véase fr. 3, §. 15. D. X, 4.- fr. 16. D. XLI, 3.-fr. 26 p. D. XXIV, 1.-fr. 1. §. 4, D. XLI. 2.-fr. 1. §. 9, 10, D. XLIII, 16.

(2) §. 5. J. IV, 15.-fr. 9. D. VI, 1.-fr. 7. pr. D. XXXIX, 2 fr. 3. §. 3. fr. 10, §. 1. fr. 24. fr. 49. §. 1. D. XLI 2.-fr. 1, §. 23 D. XLIII, 16.-fr. 3. §. 8. D. XLIII, 17.-fr. 7. D. XLIII, 26.

cion; en el caso contrario la posesion es *injusta*. Entre las causas que vician la posesion (*vitia possessionis*), han de distinguirse las tres que siguen: cuando la posesion comienza ó por fuerza *vi*, ó clandestinamente *clam*, ó precariamente (*precario*) (1). De la causa de poseer nace este axioma ó regla digna de tenerse presente: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*; cuya regla en un principio no se aplicaba mas que á la antigua *usucapio pro hærede*. Efectivamente no era lícito al que habia comenzado á poseer por una causa determinada variar por su sola voluntad, esta posesion en una *possessio pro hærede* (2). Mas tarde la regla que antecede mudó de significacion entre los romanos, y no solamente se aplicaba al caso en que el simple detentador de una cosa agena no podia por su voluntad propia cambiar esta detencion en verdadera posesion (3), si que tambien al caso en que el que poseia *ad interdicta* y *no ad usucapionem*, tampoco podia cambiar por sí la *verdadera posesion* en *posesion civil* (4).

§. 515. b. *Possessio bonæ et malæ fidæi.*

Divídese tambien la posesion en posesion de buena fé, *possessio bonæ fidæi*, y en posesion de mala fé, *possessio malæ fidæi*. Poseedor de buena fé es aquel que cree con fundamento que ningun otro sino él es el que tiene derecho para po-

(1) Fr. 1. §. 9. fr. 2. D. XLIII, 17.
(2) Gajus II. 52, 58. fr. 33, §. 1. D. XLI, 3.-fr. 2. §. 1. D. XLI, 5.-C. 2. C. VII, 29.
(3) Fr. 3. §. 18.-20, D. XLI, 2.-fr. 6. §. 3, D. XLIII, 26.
(4) Fr. 1, §. 2. D. XLI, 6.

seer la cosa (1); poseedor de mala fé es por el contrario el que cree carece de todo derecho para poseerlo (2).

§. 516. 6. *De la naturaleza de la verdadera posesion.*
a. *De su objeto y de su sugeto.*

De la idea que hemos dado de la verdadera posesion en el §. 511 se deduce, que ni ciertas cosas pueden ser objeto de una verdadera posesion, ni ciertas personas pueden adquirirla (3).

1. Las cosas que sabemos no pueden constituir nuestra propiedad, tampoco puede poseerlas nadie verdaderamente: de aqui nace el principio de que las cosas que no están en el comercio de los hombres no pueden poseerse (4).

2. El que es incapaz de tener propiedad, lo es igualmente de adquirir la verdadera posesion, y el que no puede adquirir sino es por otro en cuya potestad se halla constituido, tampoco puede adquirir por sí la posesion; asi pues, el esclavo y el hijo de familia poseen por medio de su señor y de su padre (5).

§. 517. b. *De la cooposesion.*

Toda posesion segun la idea que de ella hemos dado, es *exclusiva*, es decir que la cosa que se posee por uno, no pue-

(1) Fr. 109 D. L. 16. fr. 27. D. XVIII, 1. fr. 32 D. XLI, 3.
(2) §. 35, J. II, 1.-fr. 38. D. XLI, 3.-Savigny §. 8.
(3) Savigny §. 9. p. 110-115.
(4) Fr. 30. §. 1. D. XLI, 2, por esta razon un hombre que se sabia era libre no podia poseerse.
(5) §. 4. J. II, 9.-fr. 24. D. XLI. 2. En cuanto á los peculios nada impide que el hijo de familia no los posea por sí mismo fr. 49. §. 1. D. XLI, 2.-fr. 4, §. 51. D. XLI, 3.

de simultáneamente poseerse por otro: una sola y misma cosa no puede caer en la posesion de muchas personas, de modo que cada uno la posea *en todo* (1); pero muchas personas pueden tener la posesion comun de la misma cosa *por partes moralmente determinadas*: esta posesion se llamaba entre los romanos *plures rem pro indiviso seu pro partibus indivisis possident*, y entre los modernos se llama *compossessio* (2), tambien pueden muchas personas poseer la misma cosa bajo diferentes conceptos y con diversos efectos (3).

§. 118. c. *De la cuasi-posesion.*

Propiamente hablando solo las cosas corporales pueden ser objeto de la posesion, porque en ellas solas puede concebirse la detencion (4). Pero como la verdadera posesion de una cosa corporal no sea realmente mas que la propiedad ejercitada de hecho, se concibe fácilmente que se asemejan á la posesion otros derechos sobre las cosas, considerados como elementos aislados de la propiedad, separados de ella, y concedidos á otra persona distinta del propietario, y la que los ejercita con la intencion de ejercer un derecho que pertenece á éste. Este hecho del ejercicio de hecho de un dere-

(1) Fr. 3. §. 5. D. XLI, 2. Plures eaudem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam tu quoque id tenere videaris.-fr. 5. §. 15. D. XIII. 6.-fr. 19. pr. D. XLIII, 26 Savigni §. 11.

(2) Fr. 5. D. XLV. 3.-fr. 25, §. 1. D. L. 16.-fr. 8. D. VI, 1. En este caso ninguno posee la cosa íntegra sino es cada uno su parte. Fr. 3. §. 2. D. XLI, 2. fr. 32. §. 2. D. XLI, 3.

(3) Asi sucede en el caso del deudor y de su acreedor prendario; el primero posee *ad usucapionem*, el segundo *ad interdicta* fr. 16. D. XLI. 3.

(4) Fr. 3. pr. D. XLI. 2.-fr. 4. §. 27. D. XLI, 3.

cho real convinado con esta intencion, se llama en derecho romano *juris quasi possessio* el que guarda la misma relacion con los interdictos y la usucapion, que la posesion de las cosas corporales (1).

§. 519 d. *De la ficta possessio.*

Algunas veces una persona sin poseer verdaderamente una cosa, se cree y considera como si verdaderamente poseyera. Esta especie de posesion llamada *ficta possessio* tiene lugar en dos casos: 1.° cuando uno abandona la posesion de una cosa con la dañada intencion, *dolo possidere dessiit*, de hacer mas dificil á otro la prosecucion de los derechos que cree tener en ella (2): 2.° cuando alguno *liti se obtulit*, es decir, cuando aquel contra quien se intenta una accion por una cosa que ni posee verdaderamente ni aun detiene se presenta como tal poseedor (3).

§. 520. II. *De la adquisicion de la posesion* 1. *Condiciones generales.*

Dos elementos son necesarios para adquirir la verdade-

(1) V. g. fr. 3. §. 17. D. XLIII, 16. fr. 23. §. 2. D, IV, 6 fr. 10. pr. D. VIII, 5.

(2) En el principio este derecho no tenia lugar segun el Scto juventianum mas que en la peticion de la herencia, fr. 20. §. 6, fr. 25. §. 2, 3, D. V. 3. Posteriormente fué extensivo á todas las acciones reales, *actiones in rei* fr. 27, §. 8. D. VI. 1.-fr. 131.-150. 157.-§. 1. D. L. 17. Sobre las consecuencias; véase fr. 25. §. 8. 10. fr. 45. D. V. 3.-fr. 68, 71. D. VI. 1.-fr. 16. §. 3. D. XX, 1.

(3) Fr. 25-27. pr. D. VI, 1. fr. 13. §. 13. D. V, 3. fr. 5. pr. §. 3. D. XII, 3. fr. 7. D. VI, 1. fr. 95. §. 9. D. XLVI, 3.-C, 2. C. III, 19.

ra posesion: 1.° la *aprehension de la cosa* esto es, un hecho material por el cual el que quiere adquirir la posesion llega á disponer de la cosa que posee con exclusion de cualquiera otro: 2.° la aprehension de la cosa con la *intencion* (*animus*) de querer disponer de ella como de su propiedad. Desde el momento en que estas dos condiciones se reunen hay posesion, y una sola de ellas sin la otra no basta (1).

§. 521. a. *De la aprehension* (*corpus*).

La aprehension no consiste precisamente en el acto real y físico de tomar una cosa, sino es en cualquier hecho material que da al adquiriente la facultad física de disponer en todo tiempo de la cosa segun quiera (2). La aprehension de un *inmueble* tiene lugar cuando el que quiere adquirirla entra en el fundo, ó solo en una parte de él, ó cuando se coloca próximo al mismo, ó en fin, cuando teniéndole á la vista se lo designa el poseedor actual con la intencion de ponerle en posesion (3). La aprehension de un *mueble* se ve-

(1) Fr. 3. §. 1. D. XLI, 2. Adipiscimum possessionem corpore et animo nec per se animo aut per se corpore,-fr. 3. §. 3. fr. 8. D. ibid. fr. 153. D. L, 17.
(2) Savigny §. 14, 17.
(3) Fr. 3. §. 1. fr. 18. §. 2. D. XLI, 2. El simple hecho de la aprension no basta sin embargo para adquirir la posesion de un inmueble *que otro poseia anteriormente*; es necesario ademas que éste haya tenido conocimiento de la aprension y que entonces ceda la posesion (*si evacuam tradit possessionem*) fr. 18, §. 2. cit., ó que él sea expulsado á la fuerza por el primero (sit dellicitur aut repellitur) fr. 25. §. 2. fr. 46. D. XLI, 2.

nifica: 1.° cuando el poseedor tiene la cosa entre sus manos (1): 2.° si la cosa cae en sus trampas ó redes (2): 3.° si toma la cosa bajo su custodia (3): 4.° si por su órden se transfiere la cosa á otro (4): 5.° si la cosa se trasporta á casa del poseedor (5): 6.° si se les entregan las llaves del lugar en donde se custodia la cosa (6): 7.° y último, si una cosa que no se posee por otro la marca ó sella el que quiere poseerla (7). No se tiene la posesion del animal á quien perseguimos aunque esté mortalmente herido (8), ni de la cosa que está en nuestras heredades, ni del pescado que nada en nuestros estanques (9), ni del tesoro oculto en el campo que poseemos cuando aun no le hemos hallado (10).

§. 522. b. *De la intencion* (*animus.*)

Como la aprehension por sí sola no produce mas que la detencion de la cosa, es necesaria alguna otra circunstancia para adquirir la verdadera posesion.

A. Es necesario que la aprehension haya sido hecha *animo rem sibi habendi seu possidendi* (§. 520.): Esta intencion de poseer consiste por regla general en la voluntad de

(1) Fr. 1. §. 1. D. ibid.
(2) Fr. 55. D. XLI, 1.
(3) Fr. 51. D. XLI, 2.
(4) Fr. 1. §. 21. D. ibid. fr. 79, D. XLVI, 3.
(5) Fr. 18, §. 2. D. XLI, 2.
(6) §. 45. J. II, 1.-fr. 74. D. XVIII, 1.
(7) Fr. 14. §. 1. D. XVIII, 6. fr. 1. §. 2. D. XLI, 1.
(8) §. 13. J. II, 1. Multa enim accidere possunt ut eam non capias-fr. 5.-§. 1. D. XLI. 1.
(9) Fr. 3. §. 14, 15, D. XLI. 2.
(10) Fr. 3, §. 3, D. ibid.-fr. 15, D. X, 4.

disponer de la cosa como de nuestra propiedad (1). De aquí, que el que carece de voluntad tampoco puede adquirir la verdadera posesion, tales son: 1.° las personas morales (2): 2.° los infantes (*infantes*), sin la autorizacion del tutor (3), bien que los menores, cuando han llegado á la edad de la pubertad pueden adquirirla sin necesidad de esta autorizacion (4): 3.° los furiosos y locos (5).

B. El que es capaz de tener voluntad, y lleva ó tiene una cosa, pasa de mero detentador á mero poseedor, desde el momento en que une á la detencion la intencion de poseer (*animus possidendi*). Los romanos llaman á esta manera de adquirir la posesion; solo *animo possessionem adquirere* la que cuando se ejerce sobre cosa agena puede ser justa y legítima, ó injusta: es legítima, cuando uno halla justa causa (*justa causa*) hace legalmente válida la intencion de poseer *animus possidendi*; v. g. cnando el dueño vende la cosa ó hace donacion de ella á su colono ó inquilino, que es lo que los modernos llaman *traditio brevi manu* (6). Es por el contrario injusta cuando no existe justa causa, v. g. si el

(1) Savigny §. 20, 21. Esta regla no es aplicable al caso en que la intencion del poseedor es ser protegido en su posesion por los interdictos (*jus ad interdicta*), ni al del acreedor prendario, ni al del enfitéuta; fr, 16, D. XLI, 3.-fr. 35, §. 1. fr. 37, D. X, 7.-fr. 25, §. 1, D. XXII. 1. esto es lo que se llama hoy posesion derivada, véase Savigny §. 23, 25.

(2) Fr. 1. §. 15, D, XLVII, 4: Possessionem *hereditas* non habet. fr. 1. §. 22, D. XLI, 2. Mas ellos pueden adquirir por terceros, fr. 2, ibid.

(3) Fr. 32, §. 2. D. XLI, 2.-C. 3, C. VII, 32.

(4) Fr. 32, §. 2.-fr. 1, §. 3. D. ibid. Estas palabras: *Si ejus ætatis sint ut intellectum capiant* equivalen á si *infantia majores sint*.

(5) Fr. 1. §. 3. fr 18, §. 1. D. XLI. §. 2.

(6) Fr. 9. §. 5. D. XLI, 1.-§. 44, 7. II, 1.-fr. 3. § 3, D. XLI, 2.

depositario roba ó sustrae la cosa depositada ó en depósito (1).

§. 523. *De la adquisicion de la posesion por un tercero.*

La posesion de una cosa puede adquirirse no solamente por sí mismo, sino es por *un tercero* (2). En este último caso se requieren tres condiciones: 1.ª en la persona por la cual se quiere adquirir la posesion, ha de concurrir la aprehension y la intencion de adquirir, no para sí mismo, sino es para otro (*animo non sibi sed alteri possidendi*) (3): 2.ª en la persona para quien se adquiere es necesaria la voluntad, asi, pues no adquirirá la posesion si ignora el hecho de la aprehension, es decir, si ésta no se ha hecho de su órden ó despues de ejecutada la ha ratificado (*ignoranti possessio non aquiritur* (4): 3.ª entre el que adquiere, y aquel para quien se adquiere, ha de haber una relacion legal; esta relacion puede consistir, ó en un poder emanado de la ley, ó segun el derecho nuevo en un mandato. En el primer caso, el tercero toma la posesion en virtud de una órden *jusus* (5), en el segundo, en virtud de un mandato; *mandatum* (6).

(1) Fr. 3. §. 18.-20. D. XLI, 2. fr. 6, §. 3. D. XLIII, 26.

(2) Paul. *Rec. sent.* V, 2, §. 1.-fr. 2. D. XLI, 2.

(3) Fr. 1. §. 19. D. XLI, 2.

(4) Fr. 42, §. 1. fr. 1, §. 5, 22; fr. 2; fr. 4; fr. 3. §. 12, D. XLI, 2. fr. 31, §. 3, D. XLI, 3.-fr.13. §. 1. D. XLI. Desde el instante en que un tercero por mandato nuestro ha tomado la posesion de una cosa comenzamos á poseerla, aunque no tengamos conocimiento alguno del hecho; solo la usucapion es la que no principia hasta que tenemos noticia de la aprehension, fr. 49. §. 2, D. XLI, 2.-fr. 47. D. XLI, 3.- C. 1.-VII, 12.

(5) V. g. el caso del esclavo y del hijo de familia, fr. 1. §. 5, 6, 8; fr. 49.; pr., D. XLI, 2.-fr. 21. pr. D. XLI, 1.

(6) Paul. *l. c.*, §. 2.-§. 5, J. II, 9.-fr. 2. D. XLI, 2.-fr. 20, §. 2; fr. 53, D. XLI, 1.-fr. 41, D. XLI. 3.-C. 1.-C. IV, 27.

§. 524. 3. *De la adquisicion de la cuasi posesion.*

Tambien se requiere para adquirir la *cuasi posesion* la tenencia de la cosa y la intencion de poseerla (§. 518). El hecho corporal se constituye aqui por el ejercicio del derecho, la intencion consiste en que se ejerce *como un derecho*, el hecho que forma el objeto del derecho (1). Si la adquisicion de una *quasi posesion* es unilateral, es decir, si el derecho se ejerce sin que intervenga contrato alguno, ha de distinguirse entre los derechos *afirmativos* y los derechos *negativos*, en el primer caso el que pretende ejercitar el derecho debe ejecutar el hecho positivo que es objeto de éste, al menos una vez, y *nec vi, nec clam, nec precario* (2): en el segundo caso por el contrario, es necesario que aquel cuyo derecho se restringe, haya querido hacer algo en oposicion con el derecho del otro, que éste se haya opuesto, y que esta oposicion haya hecho cesar los actos (3).

Pero si el derecho sobre que se cuestiona, nace de un contrato, se adquiere aquella siendo negativo por la contravencion; siendo afirmativo por la *quasi tradicion* que tiene lugar cuando el actor puede ejercer la posesion de la cosa sobre que ejerce el derecho por la tradicion de la misma cosa (4) y cuando no puede exigir la posesion, ejercitando el derecho con conocimiento del propietario (5).

---

(1) Fr. 25. D. VIII, 6.-fr. 7. D. XLIII, 19.
(2) Fr. 10. pr. D. VIII, 5.-fr. 20, D. VIII, 1.
(3) Fr. 6. §. 1. D. VIII, 5.-fr. 1. 3. 2. D. VIII, 3.
(4) V. g. en el caso de no uso fr. 3. pr. D. VII, 1.
(5) Fr. 20, D. VIII, 1.-fr. 11, D, VI, 2.-fr. 6, §. 1;-pr. 16, D. VIII, 5.-1. fr 1. §. 2. D. VIII, 3.

§. 525. III. *De la pérdida de la posesion.*—1. *Regla general.*

La posesion una vez adquirida continúa en tanto que el hecho ó la intencion existen (1), pero faltando estas dos condiciones ó alguna de ellas cesa la posesion (2). Asi como para adquirir la posesion se exige un doble hecho determinado, el uno corporal, el otro intelectual, asi tambien es necesario para perderlo otro doble acto contrario (*contrarium actus*) que tenga la misma relacion que aquel, mas claro, para poseer no basta tener la cosa sino es tenerla con ánimo de hacerla suya, pues para perder la posesion no basta tampoco dèjar de tener la cosa sino que es necesario que haya la intencion de perderla ó de que no nos pertenezca en lo subcesivo (3).

§. 526. 2. *Aplicacion de esta regla.* a—*Pérdida de la posesion por hecho.*

La aprehension material de una cosa que forma la primera condicion de la posesion no consiste cuando se trata de la continuacion de ésta en ejercer inmediatamente un poder físico sobre aquella sino es en la posibilidad de disponer de la misma en todo tiempo y á nuestra voluntad (4).

---

(1) Savigny, §. 29, 30.
(2) Fr. 44, §. 2; fr. 3. §. 6, 13. D. XLI, 2.
(3) Tal es el sentido del pasage célebre que se refiere por dos veces en las Pandectas, fr. 8, D. XLI, 2. et fr. 153, D. L. 17. Fere quibuscumque modis obligamur iisdem in contrarium actis liberamur; cum quibus modis adquirimus iisdem in contrarium actis omittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum, Savigny §. 30.
(4) Savigny §. 31.

La consecuencia que nace de la anterior doctrina es que la posesion adquirida no se pierde por el apartamiento de la cosa (1), y que ésta puede detenerse á la vez por un tercero (2). La posesion, concluye desde el momento en que por un hecho cualquiera falta la posibilidad de disponer materialmente de la cosa (*si in contrarium actum est*). 1.º La posesion de las cosas muebles se pierde por apoderarse otro de ellas de un modo violento, y clandestino (3); luego que perdemos la cosa (4); cuando los animales domésticos se pierden, los fieros ó salvages se escapan, y los domesticados pierden la costumbre de volver á nosotros (5): 2.º la detencion de los inmuebles se pierde cuando por un acontecimiento natural, el poseedor no puede ejercer mas su poder sobre la cosa (6), ó cuando por un acto de violencia es arrojado por otro del fundo *si dejicitur*. Pero la posesion se conserva, aun cuando ausente el que la tiene, sin su conocimiento ocupa otro la cosa, pero si queriendo recuperar esta posesion, mediára resistencia de parte del que la tiene, en este caso se pierde (7).

(1) Paul. Sent. rec. V, 2, 1.-fr. 3. §. 7, 13. fr. 44. pr. D. XLI. 2.-fr. 1. §. 25. D. XLIII, 16. Los romanos decian de esta posesion: solo animo retinere possessionem; los modernos la llaman possessio mentalis.
(2) Fr. 18. pr. D. XLI, 2. Nam possidet cuyus nomine possidetur.
(3) Fr. 15. D. XLI, 2.
(4) Fr. 35. pr. D. ibid.
(5) Fr. 3. §. 13, 16. D. ibid.
(6) Fr. 3. §. 17. fr. 30. §. 3. D. ibid.
(7) Fr. 25. §. 2. fr. 46. D. ibid.

§. 527. b. *Pérdida de la posesion por intencion.*

No es necesario para conservar la posesion que la intencion subsista todo el tiempo que se posee, y no se pierde hasta que el poseedor se resuelva á abandonar difinitivamente la cosa, (*si in contrarium actus es vel omittetur possessio animo in contrarium acto*) (1). La intencion de no poseer la cosa puede ser expresa ó tácita; en este último caso se llama *de relictio* (2). Por regla general el que carece de voluntad no puede perder la posesion por intencion (3).

§. 528. c. *Pérdida de la posesion por el hecho y por la intencion.*

La posesion se pierde por el hecho y por la intencion siempre que el poseedor transmite á otro la cosa para que lá posea como suya propia (*si vacuam tradit possessionem* (4). Si el que poseia una cosa pierde la posesion y conviene con otro en que continuará poseyendo á nombre de éste y como su representante; éste contrato se llama entre los modernos (*constitutum possessorium*) (5).

(1) Fr. 3. §. 6. fr. 17. §. 1. fr. 30. §. 4. D. XLI, 2. Savigni §. 32.
(2) Fr. 37. §. 1. D. XLI, 3.
(3) Fr. 27, 29. D. XLI, 2,
(4) Fr. 33, fr. 18. §. 2. D. XLI, 2.
(5) En la venta de una cosa puede convenirse en que el propietario vendedor conserve la posesion de la misma, fr. 18. p. D. ibid.

§. 529. 3. *Pérdida de la posesion por un tercero.*

Asi como podemos adquirir la posesion por un tercero del mismo modo éste puede continuarla ó perderla en nuestro nombre (1), con arreglo á las distinciones que siguen.

1.° Perdemos la posesion, que pasa á un tercero que la detenta el mismo, pero la símple resolucion de poseer por parte de éste no basta para que adquiera la posesion, es necesario ademas que esta resolucion se manifieste por un hecho físico; v. gr. en las cosas muebles por la sustraccion fraudulenta (*furtum contrectatio*) (2) en la cosas inmuebles por la expulsion del poseedor actual (3).

2.° Perdemos la posesion por un tercer detentador en todos aquellos casos que poseyendo nosotros mismos la hubiéramos perdido. Asi pues, en las cosas muebles se pierde cuando el que posee á nombre nuestro pierde por sí la cosa ú otro se la arrebata (4) ó la transfiere á un tercero (5); en las inmuebles cuando es arrojado de la posesion por fuerza, en cuyo caso nosotros tambien la perderiamos en el momento de la expulsion (6). Mas cuando el que posee á nombre nuestro consiente por negligencia *desidia* ó por dolo (*do*-

(1) Savigny §. 33.
(2) Fr. 3. §. 18. D. XLI, 2.-fr. 1. §. 2. fr. 67. pr. D. XLVII, 2. Hay excepcion cuando el tercero que detenta y quiere tambien apropiarse la posesion, se encuentra bajo la potestad del poseedor fr. 15. D. XLI, 2.
(3) A causa fr. 25. §. 2. fr. 46. D. ibid.-fr. 12.-fr. 18. pr. D. XLIII, 16.
(4) Fr. 25. pr. fr. 15.-fr. 3. §. 13.-16. D. XLI, 2.
(5) Fr. 33, §. 4. D. XLI, 3.
(6) Fr. 1. §. 22. D. XLIII, 16.

lo) que otro se apodere de la cosa no perdemos la posesion hasta el caso en que haciendo valer nuestro derecho somos vencidos ó consentimos en el acto, no habiendo intentado turbarle en su goce (1).

3.° Por el contrario no perdemos la posesion que otro lleva en nombre nuestro cuando la transfiere á un tercero (2), cuando muere ó cae en demencia (3) y cuando abandona la cosa sin que otro se apodere de ella (4).

4.° Por igual razon conservamos la posesion cuando aunque se nos arroje de ella, el que posee á nuestro nombre se conserva en la misma (5).

TITULO II.

DE LOS INTERDICTOS Y DE LA DENUNCIA DE NUEVA OBRA.

§. 530 *Nocion del Interdicto.*

Los interdictos eran entre los romanos unos decretos ó disposiciones del pretor por los cuales en los casos particulares que determinaba el edicto prescribia el mismo pretor

(1) C. 12. C. VII, 32. Esta constitucion no puede entenderse mas que respecto á los inmuebles por causa del fr. 3. §. 8. D. XLI, 2, del fr. 33. §. 4. D. XLI, 3, y de las palabras *sive servus, sive procurator, vel colonus, vel inquilinus,* y donde se debe apreciar el principio general establecido en los fr. 25, §. 2. fr. 46 D. XLI, 2. donæ revertentes nos aliquis repellat.
(2) Fr. 30. §. 6. D. XLI, 2.
(3) Fr. 25. §. 1. D. ibid.-fr. 31, §. 3. D. XLI, 3.
(4) Fr. 3, §. 8. fr. 44, §. 2. D. XLI, 2.
(5) Fr. 1. §. 45. D. XLIII, 16. Si quis me vi dejecerit non posse me hoc interdicta (undevi) experiri quia per eos retineo possessionem qui dejecti non sunt.

lo que debia hacerse ó no: la peticion que se le dirijia para que diese ó tomase una de estas resoluciones se llamaba tambien *interdictum*. (1) Entre los interdictos á las acciones propiamente dichas hay una notable diferencia; en estas el pretor no obraba ni decidia inmediatamente sobre la pretension que le era presentada, antes bien cometia á un juez ó jurado el examen é instruccion del negocio *judicem dabat*; en aquellos al contrario, por sí y sin nombrar juez decidia inmediatamente por la sola queja del acto, y sin nombrar un juez (*extra ordinem*) el mandato ú la prohibicion que debia aplicarse aquel caso con arreglo á lo que tenia consignado en su edicto (2), de aqui se dice *Pretor principaliter autoritatem suam finiendis controversis proponit* (3). Solo en el caso de negar el demandado ó oponer excepciones, es cuando se formaba juicio, y el pretor lo sometia á un juez para que procediera como ordinariamente (4). Esta diferencia entre los interdictos y las acciones desapareció con el antiguo *ordo jurisdictorum privatorum*, y el derecho nuevo decide los interdictos absolutamente como las acciones (5) si bien en un procedimiento sumario (6).

(1) Gajus IV.-138.-170.-Ins. IV. 15.-D. XLIII.-Cod. Theod. IV, 22, 23.-Cod. Inst. VIII, 1.-9.

(2) Esto es lo que prueban las expresiones de que se servian en los edictos: *vim fieri veto, exhibeas, restituas*.

(3) Gajus IV, 139.-Savigny §. 34.

(4) Gajus IV, 141.

(5) §. 8. J. IV, 15.-Rubr. D. XLIII, 1.-C. 3, 4. C. VIII, 1.

(6) Sin embargo, las opiniones de los jurisconsultos no están conformes sobre este punto.

§. 531. II. *Division de los interdictos.*

Los interdictos se dividen generalmente (1): 1.° en *prohibitorios (prohibitoria)*; y son aquellos por los que el pretor prohibe hacer alguna cosa (2): 2.° *restitutorios (restitutoria)*; aquellos por los que el pretor manda restituir alguna cosa ó reponerla á su primer estado (3); y 3.° en ex-hibitorios *ex-hibitoria*; aquellos por los que el pretor ordena que alguno exhiba ó presente una cosa que posee (4).

Con relacion á la posesion de una cosa, los interdictos se dividen (5): 1.° en interdictos que suponiendo de parte del actor una posesion realmente adquirida, tienen por objeto cuando ésta ha sido turbada, pero aun no ha cesado, conservarla, *(interdicta retinendæ possessionis)*; ó que perdida la posesion tienen por objeto recuperarlo *interdicta recuperandæ possessionis* (6): y 2.° en interdictos que no su-

(1) Gajus IV, 142.-§. 1. J. IV, 15.

(2) V. g. El interdicto de mortuo inferendo fr. 1. pr. D. XI, 8. De sepulcro ædificando fr. 2. §. D. XLIII, 1.-De arboribus cœlendis, fr. 1. pr. D. XLIII, 27.-De glande legenda, fr. un. D. XLIII. 28. De migrando, fr. 1, D. XLIII, 32.

(3) Ejemplos. El interdicto *quod vi aut clam* D. XLIII, 24; este interdicto tiene lugar cuando alguien por fuerza ó clandestinamente ha levantado ó sacado sobre su fundo ó sobre el de otro alguna cosa que perjudique en sus derechos á un tercero: el objeto de este interdicto es, reponer la cosa á su primer estado, y adjudicar los daños sufridos, fr 1. pr. §. 1. pr. §. 1. D. XLIII, 24.

(4) V. g. El interdicto *de libris exhibendis*, fr. 1. pr. D. XLIII, 30.-*De homine libero exhibendo* fr. 1. pr. D. XLIII, 29. *De tabulis exhibendis* fr. 1. pr. D. XLIII, 5. Ademas de los interdictos citados como ejemplos el derecho romano menciona aun muchos otros: véase D. XLIII, 6-15.

(5) §. 2. J. IV. 15.-fr. 2. §. 3. D. XLIII, 1.- Gajus IV. 143. sig.

(6) La expresion *possessio ad interdicta* (§. 512, 513) se refiere solamente á estas dos especies de interdictos, y tambien

poniendo posesion adquirida de parte del actor tienen por objeto hacer que éste la adquiera *interdicta adipicendæ possessionis* (1).

A. INTERDICTUM RETINENDÆ POSSESSIONIS.

§. 532 y 533. III. *De los interdictos possesorios en particular.*

Las condiciones necesarias para poder invocar estos interdictos son: 1.ª que se haya adquirido la verdadera posesion, ya el poseedor tenga realmente el derecho de poseer, ya la posesion haya sido adquirida legalmente (2): 2.ª que la posesion adquirida se haya turbado por algun hecho (3), entendiéndose por tal todo acto ejecutado contra la voluntad del poseedor (4): 3.ª que estos actos de violencia no hayan hecho cesar la posesion, pues en este caso pueden aplicarse los *interdicta recuperandæ possessionis*.

á solo estas se consideran como consecuencias legales de la posesion, y de aqui el llamarlos *interdictos possessorios*. En este título en que solo se trata de asegurar la posesion *adquirida*, los interdictos *retinendæ et recuperandæ possessionis* son los que deben conocerse, dejando para el lugar correspondiente los interdictos *adispicendæ possessionis*.

(1) §. 3. J. IV. 15. Gajus IV, §. 144-147.

(2) Fr. 2. D. XLIII, 17. Justa enim an injusta *adversus cæteros* possessio sit, in hoc interdito (*uti possidetis*) nihil refert: qualis cumque enim possessor, hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet. Deben notarse las palabras *adversus cæteros*; porque si la posesion del que posee es injusta en oposicion del que le turbó en su posesion, como si la adquirió *vi clam precario*, no puede invocar contra él estos interdictos. J. IV, 15.-Gajus §. 148-150. fr. 1, §. 9; fr. 3. §. 10. D. XLIII, 17.-fr. 53, D. XLI, 2.

(3) Fr. 1, pr. D. XLIII, 17.-fr. 1. pr. D. XLIII, 31.

(4) Fr. 1. §. 5-7. D. XLIII. 24.-fr. 20, pr. §. 1. D. ibid, fr. 73. §. 2. D. L, 17. El fr. 3, §. 2-4. D. XLIII. 17 presenta ejemplos de ello,-fr. 11. D. XVIII, 16.

Bajo las condiciones expuestas, el pretor concede si se trata de mantener la posesion de un inmueble el interdicto (*uti possidetis*) si de un mueble el interdicto (*utrubi*) (1).

El que invoca los interdictos para continuar en el ejercicio de una servidumbre personal, puede tambien apoyarse en estas dos especies del interdicto *retinendæ possessionis* (2). El actor en estas especies de interdictos, es aquel que al tiempo de incoharse la demanda es el verdadero poseedor; el reo el que turba la posesion: no sucede lo mismo con los herederos de uno y otro, considerados bajo la cualidad de tales herederos. Estos interdictos tienen por objeto defender en su posesion á aquel á quien se turba, y pedir la indemnizacion de daños é intereses (3); ellos constituyen lo que se llama un juicio doble *judicia duplicia*, porque el actor puede ser tambien condenado como reo cuando éste prueba *que respecto de él* posee injustamente el actor (4).

(1) §. 4. J. IV, 15.-D. XVIII, 17, 31. Cod. VIII, 6.

(2) Fr. 4. D. XVIII, 17. No sucede lo mismo en las servidumbres *prediales* porque estas tienen interdictos particulares; por ejemplo, *el interdicto, de itinere actuque privato*, de *aqua quotidiana et æstiva, de sivis, de foute et cloacis*, (véase §. 594).-Savigny §. 46. Thibaut *en los archivos* para la práctica civil es de contraria opinion, pues cree que los interdictos ordinarios pueden invocarse para mantenerse en las servidumbres rústicas.

(3) Fr. 3. §. 11. D. XVIII, 17. Pero el que pretende reclamar judicialmente, la indemnizacion de los daños que le causa el ser turbado en su posesion, debe ejercitar el interdicto dentro del año de como fué perjudicado, pasado el cual, solo se concede contra el reo por aquello en que se enriqueció, fr. 1. pr. D. XVIII, 17, con el fr. 4. D. XVIII, 1.

(4) §. 7 al final, J. IV, 15.-fr. 37. §. 1. D. XXIV, 7.

§. 534. b. *Interdictum recuperandæ possessionis. 1. Interdictum unde vi.*

El que por violencia ha perdido la posesion de un inmueble puede reclamar se le reponga en ella por el interdicto *unde vi* (1). Para poder invocar este interdicto, es necesario que el actor al tiempo de sufrir la violencia tenga la verdadera posesion (2), y que la haya perdido porque aquella se dirigiera injustamente contra su persona (3). Tambien se puede reclamar este interdicto. Para recuperar el ejercicio de una servidumbre personal sobre una cosa inmueble (4), y del que ha sido privado el poseedor con violencia; no asi en las servidumbres prediales (5).

El interdicto *unde vi* puede ser intentado por el que poseia por si propio, y tambien por su heredero (6), ora posean justa, ora injustamente y contra el autor mediato ó inmediato de la expulsion (7): tambien contra el heredero de éste hasta

---

(1) Fr. 1. §. 3.-6. D. XLIII, 16. El derecho nuevo parece sin embargo haber extendido este interdicto á la privacion violenta de la posesion de un mueble. C. 3. C, Th. IV. 22.-C. 7. C. VIII.-§. 1. J. IV. 2. §, 6. J, IV, 15.-Savigny p. 475. Thibaut, l, c, §. 1 piensa lo contrario.

(2) Fr. 1. §. 9, 23 ibid. Importa poco en este caso que el expulsado (*dejectus*) haya adquirido la posesion *vi clam ó precario* del que le arrojó de ella por violencia. §. 9, J. IV, 15. Licet is ab eo qui dejecit vi, vel clam, vel precario possidebat.

(3) Fr. 1. §. 3, 21.-29; fr. 3. §. 6, 7. D. XLIII. 16.-fr. 9. p. D. IV, 2.

(4) Fr. 3. §. 13, 16. D. XLIII, 16.-fr. 9. §. 1. ibid.-fr. 60. pr. D. XII, 1.-fr. 27. D. XXXIX, 5.

(5) Fr. 4. §. 27. D. XLI, 3.-Savigny §. 46.-Thibaut, l, c, §. 2. piensa de otro modo.

(6) F. 1. §. 30. 44. D. XLIII, 16.

(7) Fr. 1. §. 12, 15; fr. 3. §. 10, 12, D. ibid.

en la suma que se haya enriquecido (1); pero no contra el tercer poseedor (2): el objeto de este interdicto es reintegrar al expulsado de la posesion en el estado en que se hallaba antes que le expulsasen *dejectio*, y de indemnizarle de los daños sentidos é intereses perdidos (3). Este interdicto se extingue un año despues de la expulsion, pasado el cual no puede intentarse contra el nuevo poseedor, sino es en tanto que se haya enriquecido (4).

§. 535. 2. *Interdictum de clandestina possessione.*—3 *Interdictum de precario.*

El interdicto de *clandestina possessione*, y el interdicto *de precario* se fundan en los mismos principios, que el precedente: el primero cuya existencia es dudosa, pues que en el derecho nuevo no se hace mencion alguna de él; tiene lugar cuando la posesion de un inmueble ha sido perdida clandestinamente (5). El segundo cuando se ha concedido á una persona el goce de una cosa que le pertenece ó el ejercicio de una servidumbre á título precario (*precario*) y ésta rehusa restituir la cosa al propietario que la vuelve á pedir, ó interrumpe el ejercicio de la servidumbre (6).

---

(1) Fr. 1. §. 48. fr. 3. pr. fr. 9. pr. ibid. La ley no concede mas que una actio in factum contra las personas á quienes se debe este respeto, fr. 1. §. 43, ibid.

(2) Fr. 3. §. 10. D. XLIII, 17. El derecho canónico la concede tambien contra el tercer poseedor de mala fe. Cap. 18, X, 2, 13.

(3) Fr. 1. §. 31. D. XLIII, 16.-C. fr. 1. §. 41, 42. fr. 6, ibid.

(4) Fr. 1. pr. ibid.

(5) Fr. 7. §. 5. D. X, 3.-Savigny §. 41.

(6) Dig. XLIII, 26 principalmente fr. 2.-4. fr. 15. §. 2. ibid.-C. 2. C. VIII, 9.-Paul, Sent. rec V, 6. §. 10, 11.-Savigny §. 42.

§. 536 IV. *De la defensa de la posesion.*

El derecho que uno mismo se abroga para defenderse y hacerse justicia, no solo está prohibido, sino que es digno de castigo (1). Pero la ley permite la defensa propia contra los ataques injustos y violencias de otros (2), ya se dirijan contra su persona, ya contra los bienes en cuya posesion se halla, con tal que el daño y fuerza que al agresor se cause sea cuanto baste para defenderse (*moderamen inculpatæ tutelæ*) (3).

§. 537, 538, 539. *De la denuncia de nueva obra.*

Entre los varios modos, que la ley concede para la defensa de la propiedad hay uno muy notable, y es *la denuncia de nueva obra* (*nunciatio novi operis*) (4). Efectivamente luego que alguno comienza á edificar ó destruir con razon ó sin ella (5) (*opus novum facere*), el que se cree perjudicado por el hecho, tiene varios medios aun extrajudiciales para impedir se lleve á cabo (6); puede impedirse por he-

(1) Fr. 176. pr. D. L, 17.-§ 1. J. IV, 2. §. 6. J. IV, 15.-fr. 12, §. 2; fr. 13. D. IV, 2.-C. 7. 10.-C. VIII, 4.-C. 34, C. IV, 65. C. 9. C. IV, 10. Nov. 60 c, l.

(2) Fr. 45. §. 4. D. IX, 2: Vim vi defendere omnes leges, omnia jura permittunt.-C. fr. 4. ibid.-fr. 3. D. I, 1.- fr. 1. §. 27. fr. 3. §. 3. D. XLIII, 16. (4). Fr. 5. pr. D. IX, 2.-C. 1. C. VIII, 1.

(3) D. XXXIX, 1.-XLIII, 24.-Cod. VIII, 11.

(4) Fr. 1. pr.; §. D, XXXIX, 1

(5) Porque *despues* de la conclusion de los trabajos no hay lugar mas que al interdicto quod vi aut clam, fr. 1. §. 1. D. ibid.

(6) V. g. cuando se despiden á los obreros, cuando se destruye la obra comenzada, ó cuando como símbolo se arroja una piedra (*jactus lapilli*), fr. 5. §. 10. D. ibid.

chos (*nuntitio realis*) (1), y asi no solo suele hacerse, sino es aun debe por todo el que tiene interés en conservar una posesion que está obligado á defender. Tambien sin hechos puede impedirse la continuacion de los trabajos por medio de la protesta hecha en el lugar que se construye (2), delante de los trabajadores, ó del que hace las veces de propietario (3), y contra la continuacion de la obra. Esta especie de denuncia que es la única que los romanos llamaban *novi operis nunciatio* puede ejercitarla no solo el propietario, si que tambien cualquiera persona que teniendo un derecho real sobre la cosa que se menoscaba ó perjudica le tiene en que no se ejecuten los trabajos (4).

La denuncia de nueva obra causa el efecto de que aquel á quien ha sido hecha está obligado á suspender las obras hasta que recaiga decision judicial. Si contra esta prohibicion se continuáran, el denunciador tiene el derecho de exigir por medio del interdicto de *opere novo demoliendo vel restituendo*, la demolicion ó destruccion de aquellas (5). Si la suspension ó destruccion ocasionára algun perjuicio el denunciado, tiene el derecho antes de que la demanda se decida, de continuar ó acabar la obra prestando la caucion de *eventualiter demoliendo aut restituendo* (6); en el caso que el que denunció rehuse ó no quiera aceptar esta caucion,

(1) Fr. 5. §. 2, 4. D. XXXIX, 1.

(2) Fr. 5. §. 3. ibid.

(3) Fr. 1. §. 3. D. XLIII, 25: Jus habet novum opus nunciandi, qui aut dominium aut servitutem habet.-fr. 1. §. 5. fr. 3. §. 3. fr. 8, pr. fr. 9, D. XXXIX, 1.-fr. 15. D. VIII, 2.-fr. 6, §. últ. D. VIII, 5.-fr. 14, D. XXXIX, 1.

(4) Fr. 1. §. 7. fr. 20, pr. §. 1, 2. fr. 20. §. 1. D. XXXIX, 1.

(5) Fr. 5. §. 17; fr. 8. §. 2, 4; fr. 20, fr. 21 ibid.

(6) Fr. 20. §. 5, 10 ibid.

puede el denunciado ampararse del derecho que la ley le concede para la continuacion de sus trabajos, por medio del interdicto prohibitorio, (*interdictum prohibitorium*) (1).

Los efectos de la denuncia cesan: 1.° por la constitucion de la caucion (2): 2.° por la muerte del denunciador: 3.° por la enagenacion de la cosa (3), y 4.° por la autorizacion que concede el denunciador ó el juez para continuar los trabajos (*remissione*) (4).

CAPITULO II.

DE LA PROPIEDAD.

TITULO I.

IDEA Y NATURALEZA DE LA PROPIEDAD.

§. 540. I. *Nocion de la propiedad.*

La *propiedad*, en el sentido lato de la palabra, es todo aquello que hace parte de nuestra fortúna, ó nos pertenece, ya sea corporal, ya incorporal (5). De esta idea general

(1) Fr. 5. §. 17. fr. 8. §. 2, 4. §. 20, fr. 21. D. XXXIX, 1.

(2) Fr. 8. §. 6, D. XXXIX, 1 pero no por la muerte del denunciado, fr. 8. §. 7 ibid.

(3) Fr. 5. §. 19 ibid.-fr. un. D. XLIII, 25.

(4) Fuentes generales particularmente para el derecho antiguo: Gajus II. §. 1.97-Ulp. XIX. Para el derecho nuevo: instit. II. 1. D. XLI, C. VII, 25.

(5) Fr. 49. D. L. 16. En este sentido lato se cuestiona algunas veces en derecho romano de *dominium*, *usufructus* servitutis et hereditatis; fr. 3. D. VII, 6. fr. 8. D. XLVII, 5. §. 7. F. II, 19.

de la propiedad aplicada á las cosas corporales, nace la idea de propiedad en un sentido mas extricto *dominium* (1). La propiedad es por naturaleza un derecho ilimitado y exclusivo: comprende, pues, el derecho de disponer de la sustancia de la cosa, segun le acomoda, siempre que no esté prohibido por la ley, de poseerla y servirse de ella con exclusion de otra persona (§. 567).

§. 541. II. *De la propiedad libre, y la propiedad limitada.*

Hemos dicho que la propiedad es por su naturaleza, un derecho ilimitado y exclusivo; pero bajo uno y otro aspecto puede restringirse, sin que por esto el propietario deje de serlo (2). Cuando todos los derechos inherentes á la propiedad están reunidos en el propietario, de tal modo, que nadie pueda oponerse al libre ejercicio de aquellos, la propiedad se llama plena y libre, *propietas plena dominium plenum.* Cuando el derecho de usar y gozar de la cosa está separado de la propiedad y le disfruta otro como derecho real, el derecho que queda al propietario se llama *nuda propietas* (*dominium minus plenum*) (3).

Ademas de este derecho de usar y de gozar el derecho de propiedad puede ser limitado aun de varios modos por

fr. 48. pr.; D. XXVIII, 5, lo mismo que de una vindicatio servitutis, pignoris succesionis,-fr. 9. D. XXXIX, 1. fr. 16. §. 33. D. XX, 1.-C. 4, C. VI, 9.

(1) De alli *corporis dominus* en oposicion del que solo tiene un *jus in rei*, fr. 13. §. 1. D. XXIX, 2.

(2) Fr. 25. pr.; D. L, 16.

(3) Fr. 4. D. XXXIII, 3: fr. 126. §. 1. fr. XLV, 1. fr. 2. pr.; fr. 7. D. VII, 4.-§. 4. 7. II, 4. El que retiene la propiedad se llama *dominus propietatis* en oposicion del usufructuarius, fr. 15. §. 6. fr. 72. D. VII, 1. fr. 9. pr.; §. 4. D. VII, 9.-fr. 66. D. XXIII, 3.-fr. 57. D. XXIV, 3.-fr. 33. D. VI, 1.

otros derechos reales que pertenezcan á distinta persona del propietario: en este caso la propiedad está *grabada y no es libre*.

§. 542. III. *De la propiedad revocable.*

En segundo lugar la propiedad es por su naturaleza un derecho *irrevocable*. En efecto, el que le ha adquirido una vez, no puede ser privado de él (1), á menos que por una razon particular el propietario anterior tenga el derecho de interrumpirla y revindicarla aun contra la voluntad del propietario actual. En este caso la propiedad es *revocable*, y la revocacion es de dos maneras diferentes:

1.° La propiedad es revocable desde su principio cuando la causa de la revocacion está en la manera con que la propiedad fue adquirida (*dominium revocabile ex nunc*). En este caso la revocacion se *retrotrae* al tiempo de la adquisicion, y la ley concede á aquel que recobra asi la propiedad de su cosa un derecho real *actio in rem* (2), contra todo poseedor, y en cuanto á los derechos concedidos á un tercero por el propietario actual, mientras dura su derecho se resuelven por la regla siguiente, *resoluto jure concedentis resolvitur jus concesum* (3).

2.° Si la propiedad era revocable desde su principio, y la causa de la revocacion es posterior y debida á circunstancias nuevas (*dominium revocabile ex nunc*) (4); en este caso solo hay efecto retroactivo desde el momento de la revocacion, y no tiene aplicacion la regla anteriormente expuesta, ni el que revoca tiene otra accion que la personal contra el propietario actual, y ninguna contra un tercero; se vé, pues, que no hay realmente propiedad revocable, sino en los casos de la primera especie.

(1) Fr. 11. D. L, 17.

(2) Fr. 41. pr.; D. VI, 1.-fr. 4. §. 3, 4. D. XIII, 2. fr. 2. §. 4, 5. D. XLI, 4-C. 1, 4. C. IV, 54.

(3) V. gr. fr. 3. D. XX, 6-fr. 31. D. XX, 1.-fr. 4. §. 3. D. XVIII, 2,-fr. 105. D. XXXV, 1.-fr. 11. §. D. VIII, 6.

(4) V. gr. C. 8.-10. C. VIII, 56.

§. 543. IV. *De la copropiedad.*

La propiedad, hemos dicho, es por su naturaleza un derecho esencialmente exclusivo, es decir, que lo que pertenece á uno no puede pertenecer á un mismo tiempo á otro. La propiedad de una sola cosa no puede nunca pertenecer mas que á uno, y cuando son muchas las personas ninguna puede ser propietario de *toda* la cosa (1). Sin embargo, facilmente se concibe que una cosa puede pertenecer en propiedad á muchos, con tal que cada uno tenga en la misma una parte ideal (2); cuando asi es, ninguno puede decirse propietario de toda la cosa, sino es de la parte ideal de que por si puede disponer: los modernos llaman á esta especie de propiedad *copropiedad* (*condominium*).

TITULO II.

DE LA ADQUISICION DE LA PROPIEDAD.

§. 544. I. *Condiciones generales.*

La adquisicion de la propiedad exije el concurso de las condiciones siguientes:

1.° Una persona *capaz de adquirir*. La ley considera in-

(1) Fr. 5. §. 15. D. XIII, 6. Duorum in sólidum dominium vel possessio esse non potest, fr. 3. §. 5. D. XLI, 2.

(2) El derecho romano demuestra esta relacion por las palabras: *Plures rem pro indivisso possident*; ó por *res quam cum alio communem habet* en oposicion con *res quam solus habet*, fr. 4. §. 7. D. X, 1. fr. 8. D. 6. 1. fr. 5. D. XLV. 3. fr. 25. §. 1. D. L, 16.

capaces á todos aquellos que no pueden tener voluntad, v. g., los furiosos, locos y mentecatos, salvo el caso en que la voluntad del adquiriente no influye en la adquisicion (1); tambien aquellos que generalmente no pueden tener propiedad. Las personas que no pudiendo adquirir por sí, adquieren por medio de un tercero, pueden tambien de este modo adquirir la propiedad (2).

2.° Una *cosa* que puede ser objeto de la propiedad y principalmente de aquel que debe adquirirla (3).

3.° Un *modo legal de adquirir* (*adquissitio*, *species sive genus adquissitionis*, *causa adquirendi*, y hoy *modus adquirendi*) (4), que es ó una *adquisitio per universitatem*, cuando habiendo adquirido todo el patrimonio de una persona adquirimos tambien cuanto á el pertenece (5); ó bien una *adquissitio rerum singularim*, cuando adquirimos cosas individuales (6). No corresponde á este lugar tratar de las adquisiciones por universalidad; nos limitaremos á las adquisiciones

(1) V. g. §. 3. J. III, 1.-fr. 63. D. XXIX, 2.

(2) Inst. II. 9.-Véase §. 483.

(3) §. 7, J. II, 1. fr. 6. §. 2. D. I, 8.-§. 4.-J. II, 20.-fr. 49. §. 2. D. XXXI.-C. 1. 2. C. I, 10.

(4) La teoria generalmente admitida de que toda adquisicion de propiedad exije un *título*, *titulus*, y un *modo* de *adquirir*, *modus adquirendi*, diferente del título es falsa.

(5) §. 6. J. II, 9. La antigua division en adquisiciones, (*juris gentium*) llamadas naturales y en adquisiciones, (*juris civilis*) llamadas civiles está enteramente anticuada, fr. pr.; D. LI. 1. Ulp. 19. Gajus II, §. 18 y siguientes.

(6) El derecho antiguo colocaba en este lugar la *adquisitio per arrogationem*, *per conventionem in manum mariti*, *per emptionem bonorum debitores obœrati*, *per hereditatem*, *per bonorum possessionem*, y algunas otras. Gajus II, §. 98; III, §. 77 y siguientes. J. III, 10.-12.-(11-13.) El derecho nuevo solo ha conservado la adquisicion por sucesion, de que se hablará en el Lib. IV.

de las cosas individuales por ser este el lugar de desenvolverlas completamente (1).

§. 545 II. *De las maneras individuales de adquirir.*—a. *De la ocupacion.*

La ocupacion es un modo de adquirir la propiedad que descansa sobre el principio siguiente, *res nullius cedit ocupanti*, es decir, el que se apodera de una cosa sin dueño con el objeto de hacerla suya, por este hecho adquiere la propiedad de la misma (2). El derecho romano conoce tres especies de ocupacion.

1.° La ocupacion de los seres vivientes que carecen de dueño, entre los que se comprenden los animales fieros que viven en la tierra, en el agua y en el aire, siempre que gocen de su libertad natural, ó que habiéndola perdido la hayan recobrado. Esta especie de ocupacion comprende la caza y pesca (3).

2.° La ocupacion de las cosas inanimadas que carecen de dueño, ó las cosas halladas ó que se encuentran por alguno (4), excepto el tesoro cuya mitad por accesion

(1) Asi pues no nos ocupamos asi de la adquisicion de la propiedad por *legado*, por *constitucion de dote* y muchas otras en que se adquiere inmediatamente la propiedad por disposicion de la ley (ipso jure lege) como en el caso de segundo matrimonio y otros.

(2) Fr. 3. D. XLI, 1, quod nullius est id rationi naturali ocupanti conceditur. Gajus 66.-69. §. 12.-18. J. II, 1.

(3) §. 12.-16. J. II, 1: Nec interes feras, bestias et volucres utrum in suo fundo quisque capiat an in alieno, fr. 1. §. 1. fr. 2. 6, D. XLI, 1.-fr. 1. D. XLI, 2.

(4) §. 18.-47. J. ibid.-fr. 1. §. 1. D. XLI, 2.

pertenece al dueño del fundo donde se halla (1), y las cosas perdidas ó arrojadas al mar, por temor de naufragio ó daño y para alijerar la nave, que se miran como sin dueño (2).

3.º El botin cojido á los enemigos en la guerra; el derecho romano considera como que no tienen dueño las cosas que se toman al enemigo y en ellas permite la ocupacion (3); sin embargo, con respecto á los inmuebles muchas veces renace la propiedad á favor del antiguo propietario, (*post liminium*) (4) en caso alguno los muebles (5).

§. 546 b. *De la especificacion.*

La propiedad tambien se adquiere por la *especificacion*, esto es, variando de forma la cosa agena y haciendo principalmente de la materia de otro una nueva especie, que es propiedad del que la hace. Si la nueva especie se ha hecho en parte de materia propia, en parte de materia agena, el que la produce se hace dueño de la misma; pero si la nueva especie ha sido formada enteramente de la materia de otro, ha de distinguise, si la materia puede ó no volver á su verdadero estado (6). En el primer caso el dueño de la ma-

(1) §. 39. J. II, 1.-fr. 3. §. 10. D. XLIX, 14. La oposicion aparente que existe entre estos dos pasages desaparece por el §. 7. II de Gajus. La C. 1. C. X, 15 contiene la disposicion mas reciente sobre el tesoro que se encuentra.

(2) §. 48. J. II, 1.-D. LXI, 7.

(3) §. 17. J. II. 1.-fr. 5 §. 7, fr. 51. §. 1. D. XLI.

(4) D. XLIX, 15.-Cod. VIII, 51.

(5) Fr. 20. §. 1. fr. 28. D. XLIX, 15.

(6) §. 25. J. II, 1. con el fr. 7. fr. 12. §. 1, fr. 24. fr. 26. pr. D. XLI, 1. Gajus II, 79.

teria adquiere tambien la propiedad de la nueva especie, pero debe indemnizarse su trabajo al que especificó de buena fé (1). En el segundo, el especificante adquiere la propiedad de la nueva especie, si la ha formado con la intencion de que fuese suya, y sin consideracion á la buena ó mala fé con que obró (2). Para graduar la indemnizacion que se debe al dueño de la materia ha de tenerse presente, si el que especificó lo hizo de buena fé, en cuyo caso la indemnizacion se limita á tanto cuanto se enriqueció; si de mala fé, como es considerado igual al ladron, debe indemnizar todo el daño causado (3).

§. 547. C. *De la accesion.*

La accesion es una manera de adquirir, por la cual segun la regla de derecho, de que lo accesorio sigue á lo principal, (*res accesoria sequitur rem principalem, vel cedit rei principali*), el propietario de la cosa que se considera como principal, se hace tambien propietario de la accesoria que se une á aquella (4). Esta manera de adquirir comprende un gran número de casos que pueden ordenarse en dos clases

(1) Sin embargo la ley solo concede al especificante un derecho de retencion por tanto tiempo cuanto está en posesion de la nueva especie y la excepcion *doli mali* contra el propietario que se reivindica. Arg. §. 30-32-33-34. J. II, 1. fr. 23. §. 4. D. VI, 1. El especificante que obra de mala fe no tiene derecho alguno á ser indemnizado de su trabajo. Arg. §. 30. J. II, 1.

(2) §. 26. J. II, 1.-El fr. 12, §. 3, D. X, 4 no se opone. fr. 52. §. 14. D. XLVII, 2.

(3) Arg. fr. 14. D. XII, 6 y fr. 32, §. 3. D. V. 3.

(4) Entre los romanos *accesio* no significaba la adquisicion de la propiedad por la adicion de una cosa á otra, sino es mas bien la cosa misma añadida, §. 453.

distintas. En la primera se cuentan las cosas que no tienen dueño, en la segunda las cosas abandonadas, y unas y otras, cuando se juntan á una cosa principal, pasan al dominio del dueño de esta (1).

§. 548 1. *Casos de la primera especie.*

Los casos de la primera especie se fundan en el principio, de que el propietario de una cosa adquiere de derecho la propiedad de las producciones orgánicas de esta misma, y de todo cuanto sin su intervencion se liga y une exteriormente á ella, de tal modo que forma una parte suya. Bajo de este principio es necesario enumerar los casos siguientes: 1.° el propietario adquiere la propiedad de los frutos de una cosa desde el momento que nacen (*fructus pendentes pars fundi sunt*) (2), entendiéndose bajo la palabra *fructus*, el parto de los animales y el de las esclavas (*partus sequitur ventrum*) (3), 2.° el aluvion ó acrecentamiento paulatino que la corriente de un rio causa á un fundo ó heredad (*alluvio*), viene á ser propiedad de aquel á quien pertenece el fundo (4). 3.° La isla que se forma en un rio, *insula in flumine nata*, pertenece en comun á los propietarios riveriegos de ambas orillas. La division de este nuevo terreno se practica bajo las bases siguientes; cuando la isla está colocada en el centro del rio, se tira una línea por este mismo centro, mayor ó menor segun la inclinacion que tenga la isla á una de las orillas, y se divide entre los propietarios de las riveras en proporcion á la superficie de sus fundos: si la isla se encuentra toda ella á un lado de dicha línea, pertenece exclusivamente á los propietarios riveriegos de esta misma rivera, siempre en proporcion de la extension que cada fundo presenta en la orilla del rio (1); 4.° el albeo, que es el terreno que deja un rio cuando muda su corriente, (*albeus derelictus*), tambien pertenece y se divide como la isla entre los propietarios riveriegos del antiguo cauce (2). Si por el contrario un rio, dividiendo su cauce, inunda un terreno y forma una isla, el propietario de este terreno conserva en el mismo el derecho que tenia: tambien le conserva cuando hay inundacion (3): 5.° y último, el *tesoro* que se halla en un campo ageno; en su mitad se considera como accesion y pertenece al dueño del campo, y en la otra mitad como ocupacion y pertenece al que le halla (4).

(1) La division ordinariamente adoptada en accesio *naturalis, industrialis et mixta*, ni es romana ni exacta.

(2) Fr. 44, D. IV, 1-fr. 25. pr., §. 1. D. XXII, 1.

(3) §. 19. J. II, 1.-fr 5. §. 2. D. VI, 1.-C. 7. C. III, 32.- fr. 28, D. XXII, 1.

(4) Gajus II, 70.-§. 20, J. II, 1. fr. 7. §. 1. fr. 16.; fr. 56, D. XLI, 1.

§. 549 2. *Casos de la segunda especie.*—a. *De la conjuncion.*

Los casos de la segunda especie se fundan en el principio siguiente: cuando una cosa está unida á otra, de modo que su separacion se hace imposible, ú ocasiona el deterioro de alguna de ellas, el propietario de la cosa principal adquiere tambien la propiedad de la accesoria que está unida á

(1) Gajus II, 72.-§. 22, J. II, 1.-fr. 7. §. 3; fr. 56, fr. 65. §. 4. D. XLI. 1.-fr. 1. §. 6. D. XLIII, 12.

(2) §. 23. J. ibid.-fr. 7. §. 5; fr. 30, §. 1, 2. D. XLI, 1, C. 1. C. VII, 41.

(3) §. 22, 24, J. II. 1.-fr. 7, §. 6. D. XLI, 1. fr. 1. §. 9. D. XLIII, 12.

(4) C. un. C. X, 15.

ella (1). A esta clase pertenecen en particular la conjuncion, ó liga sólida de dos cosas que corresponden á distintos dueños; tales son el bordado (*intextura*) (2), la soldadura (*adferuminatio*) (3); la pintura, (*pictura*) en la cual se considera ésta como la cosa principal, y el lienzo ó tabla como accesorio (4), la escritura (*scriptura*), en la que el material es lo principal (5), y sobre todo la edificacion (*inædificatio*), en la que se observa la regla de, *solo cedit quod solo inædificatur*, es decir, que el propietario del terreno adquiere tambien la propiedad de lo que en él se edifica (6): la siembra y plantacion (*satio et plantatio*), en la que segun la regla, *solo cedit quod solo implantatur*, el dueño del terreno adquiere la propiedad de la semilla, de la planta, y del árbol luego que hechan raices (7); finalmente, bajo esta regla se comprende la fuerza del rio (*avulsio*), que se verifica cuando la corriente de un rio desmembra parte de un terreno ó íntegramente le une á otro; en cuyo caso el propietario de éste se hace dueño de aquel, tan luego como se une definitivamente á su heredad (8).

---

(1) Si la separacion es posible, el propietario de la cosa accesoria puede para obtener la separacion, intentar la accion *ad exhibendum*, y reivindicarla posteriormente como suya. fr. 6; fr. 7. §. 1. D. X, 4. fr. 23. §. 5, D. VI, 1.

(2) §. 26. J. II, 1.

(3) Fr. 23. §. 5. D. VI, 1.

(4) §. 34, J. II, 1.: Ridiculum est enim pricturam Appellis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere, fr. 9. §. 2, D. XLI, 1.-fr. 23. §. 3. D. VI, 1.-Gajus II, 78.

(5) §. 33. J. II, 1, fr. 9. §. 1. D. XLI, 1. Gajus II, 77.

(6) Gajus II, 73.-§. 29, 30. J. II, 1.-fr. 23, §. 6. D. VI, 1.-fr. 6. D. X, 4.-fr. 1, 2. D. XLVII, 3.

(7) §. 31, 32. J. II, 1. pr. 7. §. 13; fr. 9. pr., D. XLI, 1. Gajus II, 74, 76.

(8) Gajus II, 71. §. 21. J. II, 1.-fr. 7. §. 2. D. XLI, 1.

§. 550. *De la indemnizacion debida al propietario de la cosa accesoria.*

Cuando en los casos enumerados alguno adquiere por conjuncion lo que hasta entonces habia pertenecido á otro, éste tiene por lo comun el derecho de pedir una indemnizacion. Para aplicar esta regla ha de distinguirse: 1.° si la conjuncion se ha hecho por el que adquiere la propiedad de lo que á otro pertenece, es necesario examinar, si fué hecha de buena fé, es decir, bajo la creencia que la cosa que unia era tambien suya, en cuyo caso la indemnizacion se limita á tanto cuanto el adquiriente se ha enriquecido (1); si por el contrario la conjuncion se ha hecho con mala fé, está obligado como el ladron á reparar todo el daño irrogado (2). En el caso de la edificacion debe tambien tenerse presente, que el dueño de los materiales no pierde la propiedad de ellos, si bien no puede reivindicarlos mientras subsista el edificio; aunque puede por medio de la accion de *tigno juncto* exigir el doble en pago de ellos, ora se haya construido de buena fé, ora de mala (3). 2.° Si la conjuncion se ha hecho por el que pierde la propiedad de una cosa que hasta entonces le pertenecia, ha de examinarse tambien, si ha sido de buena fé, en cuyo caso puede ejercitar el derecho de retencion hasta obtener la indemnizacion, y rechazar por medio de la excepcion de *doli mali* al propietario que quiere revindicarla: no estando en posesion de la cosa, el derecho romano no le concede

---

(1) Fr. 5, §. 3; fr. 23. §. 5. D. VI, 1.

(2) §. 26. J. II, 1.-fr. 52. §. 14, D. XLXII, 2.

(3) Fr. 29. J. II. 1.-fr. 7, §. 10, D. XLXI, 1-fr. 23, §. 6, D. VI. 1. fr. 6, D. X, 4, fr. 1. D. XLVII, 3,-C 2, C. III, 32.

accion alguna (1). Si por el contrario habia mala fé en el que hizo la conjuncion, pierde su propiedad sin derecho á la indemnizacion (2), salvo el caso, en que la cosa unida se considere como un gasto necesario (§. 445), en el cual puede ejercitarse para obtener la indemnizacion una *actio in factum* (3). 3.° y último: cuando la conjuncion se ha hecho naturalmente, v. g., por fuerza del rio, (*avulsio*) debe ser considerada como efecto del acaso; y el que se aprovecha de ella no está obligado á indemnizar á aquel que la pierde (4).

§. 551. b. *De la commixtion.*

La mezcla de cuerpos sólidos que pertenecen á diferentes propietarios (*commixtio*) (5), no es propiamente hablando un modo de adquirir la propiedad de las cosas. Efectivamente, cuando se verifica por mútuo consentimiento, el todo que se forma, se hace comun; si se verifica por casualidad ó por voluntad de una de las partes, cada uno guarda la propiedad de las cosas que le pertenecen, con tal que

(1) §. 33, 34, J. II, 1, Gajus II, 76, 78.-fr. 23, §. 4, D. VI. 1.
(2) §. 30, 34, J. II, 1, fr. 7, §. 12, D. XLI, 1.
(3) C. 5. C. III, 32.
(4) Hay ciertamente muchos autores que son de contraria opinion; pero el §. 31, J. II, 1; los fr. 5, §. 3; fr. 23, §. 4, 5, D. VI, 1; fr. 7, §. 13; fr. 26, §. 2, D. XLI, 1, que citan, solo hablan de la conjuncion que es hecha por el hombre.
(5) Por las voces *miscere ó commiscere* entienden los modernos la mezcla de cuerpos *sólidos*, y por *confundere*, la mezcla de cosas *líquidas*; dero los romanos empleaban una y otra expresion para las cosas sólidas y líquidas, fr. 3., §. 2; fr. 5. pr. §. 1, D. VI, 1.-fr. 7, §. 8, D. XLI, 1.

puedan separarse; si no pueden, el todo se hace tambien comun, y cada uno toma proporcionalmente la parte que le corresponde, con arreglo á lo que puso en la mezcla (1).

§. 552. c. *De la confusion.*

La confusion (*confusio*) ó mezcla de cosas líquidas pertenecientes á diferentes dueños, se hace comun, cuando tiene lugar por consentimiento de ambas partes, ó por acaso, ya sea ó no la mezcla de cosas homogéneas (2). Pero cuando se ha hecho por una de las partes sin consentimiento de la otra, la mezcla no se hace comun, á no ser que se componga de cosas de una misma especie (3); pues si son de varias, la mezcla es una verdadera especificacion; y el que la hizo queda propietario del todo, indemnizando al otro, segun los principios generales establecidos (§. 546) (4).

§. 553. D. *De la adjudicacion.*

La adjudicacion de una cosa por el juez tiene lugar en los tres juicios divisorios; *judicium familiæ herciscundæ, communi dividundo et finium regundorum.*

El juez en estos casos puede adjudicar á uno ú otro de

(1) §. 28, J. II, 1.-fr. 5 pr. D. VI, 1. En un *solo caso* se adquiere la propiedad por la mezcla, y es, cuando habiendo pagado una deuda con el dinero de otro, ó el dinero ageno se ha dado en préstamo, el que le recibe lo mezcla con el suyo. Fr. 78. D. XLVI, 3, Fr. 11, §. 2, D. XII, 1.
(2) §. 27. J. II, 1.-fr. 7., §. 8, 9, D. XLI, 1.
(3) Fr. 3. §. 2; fr. 4, D. VI, 1.
(4) Fr. 5, §. 1, D. ibid.-fr. 12, §. 1, D. XLI, 1.-§. 25. J. II, 1,

los copropietarios la propiedad exclusiva de una cosa, hasta entonces comun entre ellos, y su sentencia trasmite *ipso jure* la propiedad de la cosa comun (1), suponiendo siempre que ésta fuese comun á los copropietarios, y no perteneciera á un tercero (2).

§. 554. E. *De la tradicion.*=1 *nocion.*

La *tradicion* (*traditio*), considerada como manera de adquirir la propiedad, se funda en el principio siguiente: aquel á quien el propietario abandona la posesion de una cosa con el objeto de que adquiera la propiedad de la misma, la adquiere realmente por este hecho (3), si tal es su intencion (4).

§. 555 y 556. 2. *Condiciones de la tradicion.*

La propiedad de una cosa no puede transferirse por tradicion, sino es por aquel que realmente es dueño de la misma, y puede disponer libremente de ella. Asi, pues, la enagenacion y la tradicion no transfieren propiedad alguna á aquel que recibe la cosa, cuando son hechas por el que no es propietario de ella (5); á menos que en adelante lo

---

(1) Ulp. XIX, 16.-§. 4.-7, J. IV, 17.-C. 3, C. III, 37.

(2) Fr. 17, D. XLI, 3. Segun el principio, inter alios acta et judicata aliis non nocent. Cod. VII, 60.

(3) C. 20, C. II, 3. Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactibus transferuntur.

(4) Fr. 55. D. XLIV, 7.

(5) Segun la regla conocida, fr. 54. D. X, 17: nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet. fr. 20 pr. D. XLI. 1. El que recibe no adquiere, aun suponiendo haya sido de buena fé,

sea (1), ó por causas particulares esté autorizado para su enagenacion (2). La enagenacion y tradicion hechas por el que carece de la libre disposicion de la cosa, son nulas y de ningun efecto (3). Mas la tradicion de una cosa de parte del propietario no transfiere la propiedad á aquel que la recibe, si no precede *justa causa* (*justa causa*) (4), es decir, un acto legal en que se funde el nuevo derecho de éste (5), ó al menos un hecho cualquiera, por el cual, el que transfiere, haga constar la intencion de transmitir á otro la propiedad (6). Cuando las partes tienen realmente intencion de

---

mas que la posesion propia para la usucapcion. Se esceptuan de esta regla el fisco, el regente y la regente, que transmiten inmediatamente la propiedad de las cosas agenas, salvo el derecho del propietario para pedir al fisco le indemnice en el término de cuatro años, §. 14. J. II, 6.-C. 3. C. VII, 37.

(1) Fr. 42, D. XLI, 3; aquel que ha enagenado una cosa, y quiere él mismo reivindicarla, se le puede oponer la excepcion *rei venditæ et traditæ*, fr. 1 pr.; fr. 2, D. XXI, 3.-fr. 72, D. VI, 1, fr. 17 D. XXI. 2.

(2) Pr. J. II, 8: accidit aliquando ut qui dominus non sit alie-
nandæ rei potestatem habeat: v. g., el acreedor prendario. §. 1. J.
ibid, fr. 46, D. XLI, 1.
accedit aliquando ut qui dominus sit, alienari
(3) Pr. J. II, 8:
non possit: v. g., el marido no puede enagenar el fundo dotal aun
consintiendo la muger, ni el pupilo sus bienes sin autorizacion
del tutor. J. II. ibid.-fr. 6, D. XLI, 1.
Faltando justa causa, la tradicion no transfiere propiedad
(4)
alguna, fr. 31, pr. D. XLI, 1: numquam nuda traditio transfert
dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa præcesserit
propter quam traditio sequeretur.
(5) Si la tradicion es la consecuencia de un *contrato de*
venta, el comprador solo por ella no adquiere el dominio de la
cosa comprada, si no paga el precio de ésta. §. 41. J. II, 1.-fr. 19,
53, D. XVIII, 1.-fr. 5, §. 18, D. XIV, 4.-fr. 11, §. 2, D. XIX, 1.
(6) V. g. §. 40, 46. J. II, 1.-fr. 9. §. 7, D. XLI, 1.-fr. 5. 1.
D. XLI, 7.-fr. 3. §. 1, D. XLIV. 7.

transmitir y recibir la propiedad; importa poco que obren por diferentes causas (1), ó que el dolo haya ocasionado el acto (2).

§. 557. 3. *Del modo de la tradicion.*

El efecto de la tradicion debe ser dar un poder sobre la cosa á aquel que la recibe, y de reunir á la posibilidad legal, la posibilidad física sobre la misma cosa. De aqui se sigue que la tradicion está cumplida tan luego como el que recibe la cosa tiene la posibilidad física de disponer de la misma. En derecho importa poco de qué modo se haya dado esta facultad. La tradicion puede hacerse, 1.° pasando la cosa á manos del que la recibe; 2.° cuando el que transfiere lleva al que recibe al mismo fundo, ó cerca de él, ó á un lugar desde el que viéndolo le muestre y declare que quiere darle la posesion (3); 3.° cuando lleva la cosa mueble delante del que la recibe, ó de su órden á su casa (*longa manu*) (4); 4.° cuando el que transfiere entrega la cosa á la persona designada por el que la ha de recibir (*brevi manu*) (5); 5.° cuando el que posee la cosa en nombre de otro, adquiere el derecho de poseerla en el suyo propio, en cuyo caso no es necesaria primera ni segunda tradicion (6): los

(1) Fr. 36, D. XLI, 1.-fr. 18.-D. XII, 1.
(2) Fr. 11, §. 5; fr. 13, §. 27, 28, D. XIX, 1.-fr. 9, §. 3, D. XLI, 1.-C. 5, 10, C. IV. 44, fr. 13, §. 1; fr. 14, D. IV. 4.
(3) Fr. 18. §. 2, D. XLI, 2.-fr. 1. §. 21. D. ibid.
(4) Fr. 79. D. XLVI, 3.-fr. 18. §. 2. D. XLI, 2.
(5) Fr. 15. D. XII, 1.-fr 43, §. 1. D. XIII, 3. fr. 3, §. 12. D. XXIV, 1, fr. 1. §. 21, D. XLI, 1.-fr. 11. pr. D. VI, 2.
(6) Fr. 9. §. 1. D. VI, 2.-fr. 9. §. 5. D. XLI, 1.-§. 44, J. II, 1.-fr. 9. §. 9, 1. D. XII, 1.

modernos llaman tambien á esta, *traditio brevi manu*; 6.° recíprocamente, cuando el que posee en nombre propio transfiere á otro la propiedad, continuando poseyéndola en nombre de éste, á lo que los modernos llaman *constitutum possessorium* (1); 7.° finalmente, la tradicion puede hacerse por medio de la entrega de un objeto que haga posible obtener la posesion de la cosa, v. g., entregándole las llaves del lugar en donde aquella se conserva (2). Los modernos no ven en este acto mas que un signo de la cosa que ha de entregarse, y llaman á esta especie de entrega, *traditio simbolica*, que puede verificarse por cualquier otro signo representativo de la cosa.

§. 558. F. *De la usucapcion.*—1 *Nocion y especies.*

Se adquiere la propiedad de una cosa por *usucapion* (3), poseyéndola como suya cierto tiempo (4). Segun el derecho romano nuevo se divide aquella en *usucapcion ordinaria* (*usucapio, longi temporis possessio*), *sive prescriptio* que se verifica por el lapso de tres, diez ó veinte años (5); y *en usucapcion extraordinaria*, que es de dos especies: la una

(1) C. 28, C. VIII. 54.-C. 35, §. 5. C. ibid.-fr. 18. pr. D. XLI, 2.-fr. 77.-D. VI, 1.
(2) §. 45. J. II, 1.-fr. 9. §. 6, D. XLI, 1.-fr. 1. §. 21. in fine, D. XLI, 2.-fr. 71.-D. XVIII, 1.
(3) Gajus II, 41, 61.-Ulp. XIX, 8. Paul. V, 2.-Cod. Theod. IV, 13.-Inst. II, 6,-D. XL, 3. 10,-Cod. VII, 26-40-Nov.-22.
(4) Fr. 3. D. XLI, 3: usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.
(5) Esta especie de usucapion nace de la fuente que Justiniano estableció en la C. 1. C. VII, 31 de la antigua usucapion civil y de la *longi temporis possessio sive præscriptio* del pretor; de manera que hoy no hay diferencia entre ellas.

perfecta por un lapso de tiempo *determinado* (*prescriptio 30 vel 40 annorum; prescriptio longisime temporis adquisitiva*), la otra no tiene límite alguno, como la prescripcion inmemorial (*prescriptio inmemorialis*) (1).

§. 559. 2. *Condiciones generales de la usucapcion.*

Para que haya usucapcion deben concurrir necesariamente las condiciones siguientes:

1.ª El que quiera adquirir la propiedad de una cosa por usucapcion debe tener sobre ella posesion contínua: *continua possessio* (2). La interrupcion de la posesion se llama *usurpatio*, y esta es natural (3), cuando se ha perdido realmente la posesion; civil, cuando se intenta una accion contra el poseedor (4), ó cuando en su ausencia se protesta contra su derecho (5). La usurpacion civil, ademas, no interrumpe la usucapcion sino respecto del que acciona (1).

(1) Los modernos designan ordinariamente esta materia por la expresion general de *prescripcion*; pero el derecho romano no emplea esta palabra en una acepcion tan general. Ellos comprenden en la prescripcion las especies siguientes:

1.ª La prescripcion adquisitiva de la propiedad y de las servidumbres, llamada entre los romanos *usucapio seu longi temporis possessio*, hoy *prescriptio adquisitiva*. Trataremos aqui de la adquisicion de la propiedad por usucapion; y en el §. 591 de la adquisicion de las servidumbres por el ejercicio de las mismas, durante largo tiempo.

2.ª La prescripcion extintiva de la propiedad, *præscriptio extintiva*) tanto de las servidumbres y de otros derechos semejantes por el no uso, (*non usum*) como de las acciones que no se intentaron en tiempo útil (*temporis exceptio sive præscriptio*) de que hemos hablado en los §§, 498 y 499.

(2) Fr. 25., D. LI, 3

(3) Fr. 2. 5. D. XLI; 3.

(4) C. 10. C. VII, 32. C. 1. 3.-10, C. VII, 33. C. 3. C. VII, 40. C. 2. C. III, 19.

(5) C. 2.-3. C. VII, 40.

2.° La posesion debe ser de *buena fé* (2) y haber durado cierto tiempo (3). Cuando durante el necesasio para cumplir la prescripcion, han tenido muchas personas la posesion de una cosa, se une el tiempo de posesion del antecesor al de el sucesor (*accesio possessioni sive temporis*) (4). El sucesor universal continúa necesariamente la posesion de su antecesor, y tanto le aprovecha la buena fé de éste, cuanto le perjudica la mala (5). El sucesor particular, puede aprovecharse de esta accesion, si la encuentra ventajosa; pero es necesario en este caso que la posesion de su predecesor y la suya sean propias para usucapir; de suerte que la posesion verdadera y de buena fé del antecesor ó causante aprovecha al sucesor particular, pero la mala fé y los vi-

(1) Fr. 18. D. VI, 1. C. 2.-3. C. VII, 40.

(2) El derecho romano exige que la buena fe en el que prescribe sea en el principio (*mala fides superveniens non nocet*), fr. 7. §. 4. fr. 2, §. 13. D. XLI, 4, fr. 15. §. 2. D. XLI, 3. Sin embargo cuando se adquiere la posesion como consecuencia de un contrato de venta es necesario aquella al tiempo de concluirse el contrato, fr. 48, D. XLI, 3. fr. 2. pr. D. XLI, 4. Pero el derecho canónico exije que la buena fé dure todo el tiempo de la prescripcion.

(3) El tiempo difiere ó varía segun las diferentes especies de usucapion. En la usucapion ordinaria, el tiempo se cuenta civilmente, es decir, que se tiene por cumplido desde que comienza el último dia, fr. 6: fr. 7.; fr. 31. §. 1. D. XLI, 3. fr. 15; pr. D. XLIV, 3.

(4) §. 12.-13. J. II, 6. D. XLIV, 3. C. VII, 31.

(5) Asi cuando el difunto ha adquirido de buena fé la posesion, el heredero cumple el tiempo de la prescripcion, aun cuando tenga mala fé. Si por el contrario, el difunto ha tenido mala fé, el heredero no puede prescribir, aun cuando la tenga buena. §. 12. J. II, 6. fr. 2. §. 19. D. XLI, 4. fr. 11. fr. 14. §. 1. D. XLIV, 3. fr. 30. pr. D. IV, 6. C. 11. C. VII, 32. fr. 43. pr. D. XLI, 3.

cios en la posesion de aquel no le dañan como al sucesor universal (1).

3.° No basta poseer verdaderamente y con buena fé para usucapir, sino que tambien es necesario que la cosa sea capaz de usucapirse. Las cosas que no estan en el comercio de los hombres (2), como no pueden ser objeto de la propiedad, tampoco pueden usucapirse en tiempo alguno; pero hay otras cosas que durante cierto tiempo no pueden prescribirse, mas claro, que el tiempo de la ley no corre hasta una época ó caso dado, tales son los bienes dotales, que no pueden prescribirse durante el matrimonio, y que la muger puede reivindicar á la disolucion de éste, ó cuando á habido separacion de bienes por causa de insolvencia del marido (3); el peculio adventicio, mientras el hijo está en la patria potestad (4); los bienes de los pupilos y menores, durante la menor edad (5); y finalmente las cosas po-

(1) El sucesor particular puede en este caso, si posee de buena fé, comenzar la usucapion por sí. §. 13. J. II, 6. fr. 13. §. 10. D. XLI, 2, fr. 14, 15, 16. D. XLIV, 3. fr. 2. §. 17. D. XLI, 4. C. 1.-11. C. VII, 33. C. 4. C. III, 32.

(2) §. 1. J. II.-6. fr. 9. D. XLI, 3.

(3) C. 30. C. V. 12. Hay autores que solo admiten esta restriccion para los *inmuebles dotales* y en la *usucapion* ordinaria.

(4) C. 1. §. 2. C. VII, 40,-Nov. 22. c. 24 al final.

(5) C. 3. C. VII, 35. non est incognitum, id temporis quod in minore ætate transmissum est, longi temporis præscriptioni non imputari; ea enim tunc currere incipit, quando ad majorem ætatem dominus rei pervenerit. Asi desde el momento de la mayor edad, las cosas de los pupilos y de los menores, están sujetas á la usucapion ordinaria, toda vez que ninguna ley las exceptúa. Sin embargo, las opiniones no están conformes en este punto. La mayor parte de los autores sostienen, que las cosas de los pupilos son enteramente imprescriptibles durante la tutela, y que las de los menores no pueden nunca adquirirse, sino es por la prescripcion de

seidas con vicio, como *robo*, *violencia* (*vitio rei inhærens*) en las que no principia á correr la prescripcion, hasta que el vicio se ha purgado de cualquier modo (1).

4.° En fin, para que corra la prescripcion es necesario, que el propietario de la cosa que se prescribe pueda hacer valer sus derechos de propiedad (*agere non valenti non currit prescriptio*); ó lo que es lo mismo, la prescripcion no corre contra el que está imposibilitado legalmente de ejercitar sus derechos de propiedad (2).

§. 560. 3. *Condiciones particulares de la usucapion ordinaria* (3)—a. *res habilis.*

Ademas de las condiciones generales expuestas, la usucapion ordinaria exige aun las siguientes:

1.° La cosa que se quiere adquirir por usucapion ordinaria, ha de ser susceptible de esta especie de usucapion. No pueden usucapirse, en el tiempo ordinario, los bienes que pertenecen al Estado; los que pertenecen al patrimonio del Principe (4), los inmuebles de las iglesias y de los

treinta años. Pero la C. 3. C. VII. 39 que se invoca, no habla de modo alguno de la *usucapion*, sino es de la prescripcion de las acciones, cuyos principios y el lapso de tiempo son enteramente diferentes.

(1) Gajus II, 45, 49 y siguientes: §. 2.-3.-4.-8. J. II, 6. fr. 4. §. 6 al 28. D. XLI, 3.

(2) C. 30 in fine. C. V. 12. C. 1. §. 2. C. VII, 40. C. 7. §. 4. C. VII, 39.

(3) El siguiente verso demustra cuales sean las condiciones generales y particulares de la usucapion ordinaria.

Res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.

(4) §. 9. J. II, 6. fr. 18. D. XLI, 3. Cod. VII, 38. C, 6. C. VII, 39. C. 14. C. XI, 61.

establecimientos de beneficencia, á los que el derecho nuevo ha añadido los propios de los pueblos (1), y el derecho canónico, incluye todas las cosas pertenecientes á la iglesia romana, ya sean muebles ó inmuebles (2), tampoco pueden usucapirse ordinariamente las cosas litigiosas, en tanto que el reo quiere prescribirlas contra el actor (3); aquellas que por la ley ó por la voluntad del testador no pueden enagenarse (4), ni los bienes inmuebles enagenados por un poseedor de mala fé contra la voluntad del propietario; porque, si conociendo su derecho, y el hecho de la enagenacion, permitiese el cumplimiento de ella sin protestar, podrian aquellos prescribirse ordinariamente por un tercer poseedor de buena fé (5); finalmente, ni los bienes que corresponden á los hijos por su peculio adventicio, enagenados fenecida la patria potestad (6), ni tampoco los *lucra nuptialia*, enagenados por el padre y cuya propiedad está reservada á los hijos (7). Todas estas cosas que no pueden usucapirse ordinariamente, estan sujetas á la prescripcion extraordinaria de 30 ó 40 años (§. 564).

§. 561. b. *Justus titulus.*

2.° La segunda condicion necesaria para la usucapcion

(1) Nov. 131. c. 6. comparada con las disposiciones anteriores de la C. 23. C. I, 2. Nov. 9.-111.
(2) C. 16.-17. C. XVI. Qu. 3.ª cap. 13.-14.-17. X. 2 y 26.
(3) C. 1. C. VII, 33. Comparada con la C. 9. C. VII, 39.
(4) C. 1.-2. C. VII, 26. C. 3. §. 3. C. VI, 43.
(5) Nov. 119. C. 7.
(6) Porque tanto tiempo como dura la patria potestad no pueden prescribirse, asi como á la disolucion de ésta están sometidos á la prescripcion de treinta años.
(7) C. 6. §. 4. C. VI, 61. Nov. 22. c. 24.

ordinaria es el *justo titulo* (1), es decir, que el poseedor de la cosa haya adquirido la posesion de ella de un modo conforme á derecho, y esté convencido que es realmente propietario de la misma, ó como dicen los romanos, debe poseer *bona fide pro suo*. El título, pues, no ha de fundarse en un acto nulo y sin efecto (2). Tampoco debe haber error en la *cosa* á que se refiere el título (3). Si el error está de parte del autor, ha de distinguirse si es de derecho ó de hecho; aquel impide la usucapion, éste no (4). Finalmente, si el error se refiere á la causa de la posesion; no se interrumpe la prescripcion cuando existe un título de poseer aunque no sea el que se cree (5), cuando no existe título alguno, no tiene lugar al menos la usucapion ordinaria (6).

§. 562. e. *Tempus.*

3.° La posesion debe haber durado tres años para los

(1) C. 24. C. III, 32. C. 6. C. VII, 14. Hay varios títulos v. g. *titulus pro suo, pro emptore, pro herede vel pro possessore, pro donato, pro soluto, pro adjudicato, pro dote, etc.*
(2) Fr. 1. §. 1. D. XLI, 6. fr. 26. pr. D. XXIV, 1. fr. 44. D. ibid. Si el acto es válido, pero solamente revocable, la prescripcion puede correr, fr. 13. pr. fr. 33. D. XXXIX, 6.
(3) Fr. 2. §. 6. D. XLI, 4.
(4) Fr. 31. pr. D. XLI, 3. fr. 2. §. 15. D. XLI, 4.
(5) Fr. 31. §. 6. D. XLI, 3 comparado con el fr. 36. D. XLI, 1.
(6) Los jurisconsultos romanos no estaban conformes sobre esta cuestion como se puede ver por los pasages siguientes, fr. 27. D. XLI 3. fr. 6. D. XLI, 7. fr. 1. pr. D. XLI, 6. fr. 2. §. 2. D. XLI, 4. fr. 3.-5.-D. XLI, 10. fr. 48. D. XI, 3, pero Justiniano en el §. 11. J. II, 6, confirmó la opinion negativa ya bastante apoyada por la C. 4. C. VII, 29 y C. 4. C. VII, 33, pero despues de la C. 8. §. 1. C. VII, 39 es necesario admitir hoy en este caso la prescripcion extraordinaria.

muebles, y diez para los inmuebles cuando las partes tienen su domicilio en la misma provincia (*inter presentes*), y veinte años, cuando las partes están domiciliadas en provincias diferentes (*inter absentes*) (1), si se ha poseido parte entre ausentes, y parte entre presentes, para oponer la excepcion de los diez años, se duplican los años de la ausencia, de modo que dos años de posesion de una cosa estando el dueño de la misma ausente, equivalen á uno presente (2).

§. 563. 2. *De la usucapion extraordinaria de 30 y 40 años.*

La *usacapion extraordinaria* tiene lugar cuando reuniéndose todas las condiciones generales de la usucapion falta alguna de las particulares de la usucapion ordinaria (3).

Asi se prescribe por 30 años, cuando no se puede presentar un justo título (§. 561) para la usucapion ordinaria, ó cuando habiendo justo título la cosa pertenece á la clase de aquellas, que no pueden usucapirse ordinariamente (§ 560) (4). Pero si estas dos condiciones de la usucapion ordinaria faltan, el derecho romano concede, aun, la usucapion extraordinaria de cuarenta años; al contrario del de-

(1) C. 12. C. VII, 33. C. un. C. VII. 31. Nov. 119. c. 7.
(2) Nov. 119. cap. 8.
(3) La buena fe es necesaria igualmente, y entonces el poseedor adquiere despues de 30 ó 40 años la propiedad de la cosa, y con ella la *reivindicatio*. Pero si tiene mala fe, no puede nunca *prescribir*, esto es, no puede adquirir ni propiedad, ni accion, sino es solo una simple excepcion contra la accion del propietario, porque ésta se extingue por la prescripcion. C. 8. §. 1. C. VII, 39 comparado con la C. 3 ibid. y la Nov. 119. c. 7.
(4) C. 8. §. 1. C. VII, 39, y principalmente C. 14. C. XI, 61.

recho canónico que no reconoce sino la prescripcion inmemorial (1).

§. 564. *Del tiempo necesario para prescribir.*

En principio general la usucapion extraordinaria necesita el transcurso de treinta años, pero esta regla sufre algunas excepciones.

1.ª Los bienes del Estado, los del patrimonio del Príncipe, los inmuebles de las iglesias, establecimientos de beneficencia, y los propios de los pueblos (2), no pueden prescribirse sino por cuarenta años segun el derecho civil; y el derecho canónico para la prescripcion de las cosas que pertenecen á la iglesia romana exige cien años.

2.ª las cosas litijiosas no pueden prescribirse por el reo ó demandado, sino es cuarenta años despues de la última actuacion judicial (3).

§. 565. 3. *De la prescripcion inmemorial.*

Vamos á hablar de una especie particular de usucapcion extraordinaria llamada prescripcion inmemorial (*prescriptio inmemorialis*), y de la que se encuentran vestigios en el derecho romano (4); descansa sobre el principio siguiente: que aquel que de tiempo inmemorial tiene la posesion no interrumpida de una cosa, ó el ejercicio de un derecho, es

(1) C. 14, citado.
(2) C, 14, C. XI, 61,
(3) C. 1. C. VII, 33 comparada con C. 9. C. VII, 39.
(4) Fr. 3. §. 4. D. XLIII. 20: ductus aquæ, cujus origo *memoriam excessit*, jure constituti loco habetur, fr. 10. pr. D. VIII, 5. fr. 2. pr., §. 8; fr. 26. D. XXXIX. 3, fr. 28, D. XXII, 3.

tenido como si hubiera adquirido legalmente esta cosa ó este derecho. En efecto, esta prescripcion no es otra cosa que una presuncion de adquisicion legal, y se concede subsidiariamente, cuando por circunstancias particulares, no tiene lugar la usucapcion ordinaria ni extraordinaria (1).

§. 566. g. *De la adquisicion de los frutos de cosa agena.*

Lo primero que debe examinarse cuando se trata de adquirir la propiedad de los frutos de una cosa agena, es saber si el poseedor de la cosa tiene, ó no derecho á percibir sus frutos. En el primer caso, sino hay la verdadera posesion de la cosa principal, como sucede en el usufructo, y arrendamiento, no se adquiere la propiedad de los mismos frutos, sino por la percepcion; es necesario, pues, que haya toma de posesion, que en el hecho, no es mas que la entrega de los frutos de parte del propietario de la cosa, y una aprehension de parte del adquiriente (2): si éste tiene la verdadera posesion de la cosa principal como el enfitéuta, adquiere desde luego la propiedad de los frutos por la simple separacion (3). En el segundo caso, si es poseedor de buena fé, adquiere desde luego por la separacion la propiedad de los frutos, pero esta propiedad es provisional por su naturaleza (4), y solo concede, como otra cualquiera, el derecho de consumir los frutos (5). Asi aunque el propietario de la cosa revindicára los frutos, el poseedor no estaria obligado á restituir los consumidos, si no es solamente los existentes, y en caso de no haber adquirido la verdadera propiedad de ellos por usucapion (1); si por el contrario el poseedor lo es de mala fé, nada adquiere, y en caso de restitucion está obligado, no solo á devolver todos los frutos percibidos, y por percibir (*fructus percepti et percipiendi*), si que tambien á indemnizar al propietario de los que haya consumido (2).

(1) Sobre toda en esta materia véase á Thibaut, de la prescripcion §. 74.-85.
(2) §. 36. J. II, 1.-fr. 12, §, 5. D. VII, 1.-fr. 13. D. VII, 4.
(3) Fr. 25. §. al fin D. XXII, 1.
(4) Fr. 48, pr. D. XLI, 1.-fr. 28, §. 6. D. XLVII, 2.-fr. 4. §. 19. D. XLI, 3.-fr. 25, §. 1; fr. 28, D. XII, 1, fr. 13. D. VII, 4.
(5) §. 35. D. II, 1.-§. 2. J. IV, 17.-fr. 4. §. 2. D. X. 1. fr. 40 al fin.-D. XLI, 1.

TITULO III.

DE LOS DERECHOS DEL PROPIETARIO.

§. 567. I. *De los derechos del propietario en general.*

La propiedad es por su naturaleza un derecho ilimitado y exclusivo (§. 541). La primera de estas dos cualidades conceden al propietario de una cosa, el derecho de disponer de la sustancia de la misma, y aun de destruirla segun quiera; puede renunciar á su propiedad, en todo ó en parte; tambien puede renunciar á ciertos derechos contenidos en la misma, transferirla á otros entre vivos, ó por causa de muerte. Tiene tambien el derecho de poseer la cosa, servirse de ella, gozarla y disfrutarla con arreglo á las leyes, aunque por el ejercicio de estos derechos cause daño á

(1) C. 22. C. III, 32 y los citados en la nota anterior.
(2) C. 25. J. II. 1. fr. 4. §. 19. D. XLI, 3.-C. 22. C. III, 32.

otro (1). La segunda de estas cualidades da derecho al propietario de excluir cualquiera otra persona del uso, y goce de su propiedad, aun cuando no sufra perjuicio por la posesion del otro (2). Puede igualmente defender la cosa que le pertenece, y destruir las agenas que le hagan temer la pérdida ó detrimento de la suya (3). En caso de duda, la presuncion es siempre favorable á la libertad de la propiedad; pero ésta puede restringirse bajo uno ú otro aspecto, bien por voluntad del propietario, bien por la ley.

§. 567. II. *De las restricciones legales de la propiedad.*

Entre las restricciones legales de la propiedad, se cuentan ademas de las enagenaciones que la ley prohibe (4), y de las servidumbres, y derechos de hipoteca y de prenda las siguientes: 1.ª, no puede el propietario escabando su fundo poner en peligro el edificio de su vecino (5): 2.ª, debe dejar en la construccion de nuevas obras cierta distancia entre éstas, y el fundo ageno (6): 3.ª, no puede el propietario elevar ni el todo, ni parte de sus edificios á tal altura que prive de luz, y respiracion á los contíguos (1): 4.ª, el fundo inferior está sujeto á recibir las aguas llovedizas del superior, y no puede el dueño de aquel por medio de construcciones impedir el curso natural de éstas; por otra parte el propietario del fundo superior tampoco puede variar el curso de las aguas, ni hacerlas correr en mayor cantidad; pues en tal caso podria impedirlo el propietario del fundo inferior por medio de la accion *aquæ pluviæ arcendæ* (2): 5.ª, respecto de los árboles y demas plantaciones el derecho romano exige que esten plantados á alguna distancia del fundo vecino. Si las raices de los árboles se introducen en el fundo vecino, causando daño á los edificios del mismo, deben ser cortadas cuanto baste, para evitar este daño (3). Cuando las ramas de un árbol caen sobre un edificio ageno perjudicándole, tiene el dueño de éste el derecho de exigir del propietario del árbol que le corte; y en caso de oposicion á hacerlo él mismo conservando la leña, é invocando ademas el interdicto de *arboribus cœdendis*; pero si las ramas caen sobre el fundo del vecino, el dueño de éste solamente puede exigir que se corten hasta la altura de quince pies (*sublucatio arborum*); y en caso de oposicion cortarlas él mismo, conservando las maderas, é invocando igualmente el interdicto de *arboribus cœdendis* (4): 6.ª, el propietario sobre cuyo fundo caen los frutos de los árboles del vecino, debe

---

(1) Segun el principio general, qui jure suo utitur neminem lædit, fr. 151, 155. §. 1. D. L, 17.-fr. 24. §. 12. D. XXXIX, 2. fr. 9. D. VIII, 2.

(2) Fr. 16. D. VIII. 3, fr. 13, §. 7. D. XLVII, 10.-C. 11. C. III, 34.-C. 11, 14, C. IV, 38.

(3) Fr. 1. D. XIV. 2, fr. 3. §. 7. D. XLVII, 9, fr. 7. §. 4. D. XLIII, 24.

(4) V. g. pr. §. 2. J. II, 8.-C. uni. §. 15, C. V. 13.-C. 12, 13, C. V. 71.-C. 3. §. 2, 3. C. VI, 43.

(5) Fr. 24, §. 12, al fin D. XXXIX, 2. Sobre las edificaciones ó construcciones hechas con objeto de dañar al vecino, véase fr. 3. pr. D. L 10.

(6) Fr. 13. D. X. 1.-fr. 14, D. VIII, 2.-C. 9, 11, 12, §. 2, C. VIII, 10. Sobre todo, cuando se construye un *sterculinium* fr. 17, §, 2. D. VIII, 5, fr. 3. D. XXXIX, 3.

(1) C. 14. §. 1. C. III, 34. Esta ley debe entenderse tambien con respecto á los molinos de viento, cuyos artefactos no pueden construirse unos tan próximos á otros, que se priven de las corrientes de los aires ó vientos.

(2) Fr. 1. §. 1, 2, 18, 22, 23. D. XXXIX, 2.

(3) Fr. 13. D. X. 1.-fr. 6. §. 2. D. XLVII, 7. C. 1. C. VIII, 1.

(4) D. XVIII, 27.

requerir al dueño cada tres dias seguidos (*tertio quoque die*) los haga levantar; y no haciéndolo, ejercitar el interdicto de *glande lejenda* (1).

§. 568. III. *De los derechos de los copropietarios.*

Cuando muchas personas tienen la propiedad de una misma cosa, cada una de ellas con proporcion á la parte que en la misma representa, tiene derecho á los frutos que de ella provienen; tambien le tiene para emplearla en el uso á que está destinada. Pero ninguno de los coopropietarios puede sin consentimiento, de todos los demas, disponer de la cosa por entero, ni de una parte determinada de ella (2), excepto el caso en que exijiese esta medida la conservacion de la misma cosa (3), ó el de que por ella no se causára el menor perjuicio á los coopropietarios (4). Cada uno de los coopropietarios puede enagenar la parte intelectual que en la cosa tiene, de la manera que le sea conveniente, y á quien quiera (5). Tambien puede pedir en cualquier tiempo la division de la cosa comun: la accion que el derecho romano concede para este efecto, se llama *actio communi dividundo* (§. 764—767 (6).

§. 569. IV. *De las aciones. A. Rei vindicatio.*

El dueño de una cosa puede perseguir en justicia la

(1) D. XLIII, 28.
(2) Fr. 28. D. X, 3. C. 1, 4. C. IV, 52.
(3) Fr. 55. §. 10. D. XVII, 2. C. 4. C. VIII, 10.
(4) V. g. Fr. 13, §. 1. D. VIII, 2.
(5) C. 3. C. IV, 52, fr. 68. pr. D. XVII, 2. fr. 28. D. X, 3.
(6) Dig. X, 3. Cod. III, 37,-38. §. 3, J. III, 27, (28).

propiedad de la misma contra cualquiera que la detente (1). Pero esta accion no pertenece mas que al verdadero propietario (2), y de aqui la obligacion que éste tiene de probar su propiedad. Si pretendiese haber adquirido la cosa por tradicion, está obligado á probar tambien que el que se la transfirió era propietario de ella (3). La accion de reivindicacion no se concede mas que al verdadero propietario que no está en posesion de la cosa y va á reivindicar (4). El demandado es el que posee la cosa, y el que se opone á la propiedad que el actor dice tener en ella, bien se encuentre realmente en posesion, ó bien en derecho sea mirado como poseedor (*fictus possesor*) (§. 565) (5). Si el reo niega falsamente la posesion de la cosa, y ésta se le prueba, sufre la pena de abandonar la posesion al actor (6). El que posee en fin, en nombre de otro, cuando es demandado en juicio, debe manifestar el verdadero poseedor de la cosa, para que contra éste se dirija la accion; y esto es lo que se llama *nominatio autoris sive laudatio domini*; y si el reo se opone á esta designacion, queda el obligado como *fictus possessor qui liti se obtulit* (7). El objeto de la accion puede ser una cosa

(1) §. 1. J. IV, 6. Dig VI, 1. Cod. III, 32 y III, 19.
(2) Fr. 23. pr. D. VI, 1. Importa poco que tenga la plena ó nuda propiedad. Fr. 23. pr. ibid.
(3) Por causa de los fr. 20. pr. D. XLI, 1. fr. 54. D. LXVII.
(4) §. 2, al final. J. IV. 6. fr. 12. §. 1. D. XLI, 2.
(5) Fr. 9. D. VI. 1. fr. 27. pr. §. 3. fr. 55, ibid. fr. 131, fr. 157, §. 1. D. L. §. 1. J. IV, 6.
(6) Fr. 80. D. VI, 1. La misma pena sufre segun la nov. 18. C. 10, cuando el reo sin negar la detentacion ó posesion, sostiene solo que la cosa no pertenece al tercero señalado por el actor, y que éste pruebe que la cosa pertenece al indicado tercero.
(7) C. 2. C. III, 19, comparado con los fr. 25; fr. 27, pr. D. VI, 1.

individual, una universalidad de cosas compuestas de las mismas especies, pero nunca todo un patrimonio, v. g., un peculio ó una herencia (1). La accion tiene por objeto hacer que se declare que el demandante es dueño de la cosa, y que el reo obligado debe restituírsela con cuanto la pertenece (*cum omni causa*) (2). Respecto á los frutos, el poseedor de mala fé deberá restituir todos aquellos, que hasta el momento de la litis-contestacion ha percibido, ó podido percibir; y desde este momento rendir cuentas de todos aquellos que el actor hubiera percibido, estando en posesion de la cosa. El poseedor de buena fé, por el contrario, no está obligado á la restitucion de los frutos percibidos antes de la litis-contestacion, sino es en tanto que no los haya consumido ó prescripto, y solo está obligado á rendir cuentas ó indemnizar al actor de los frutos percibidos ó producidos desde el momento en que se intentó la accion (3). Tambien el actor tiene obligaciones que cumplir para con el demandado. Por regla general no debe abonar el precio por el cual él ha adquirido la cosa (4); pero si durante su posesion el reo ha hecho impensas en la misma (5), ha de distin-

(1) Fr. 1. pr. §. 3. fr. 2: fr. 3: pr. §. 1. fr. 56. D. VI, 1. Los actos v. g. un testamento ó un documento escrito pueden ser objeto de una accion en reivindicacion, fr. 3. D. XIX, 3.

(2) Fr. 17, §. 1. fr. 20. fr. 23, §. 2,-4. D. VI, 1.

(3) C. 22. C. III, 32, y la razon es, por que el poseedor de buena fé desde el momento en que se intenta la accion es mirado como poseedor de mala fé: fr. 25, §. 7. D. V. 3. fr. 17. §. 1. fr. 33. D. VI, 1. §. 35. J. II, 1. fr. 48. pr. D. LI, 1. fr. 25, §. 1. D. XXII, 1. fr. 4. §. 19. D. XLI, 3.

(4) C. 3, 23. C. III, 32. C. 2. C. VI, 2. C. 16. C. VIII, 45, el reo debe dirigirse contra su autor. C. 1. C. III, 19: respecto á las excepciones de de esta regla, véase el C. 16. C. V. 71, fr. 6. §. 8. D. III, 5. fr. 6. D. XLIX, 15.

(5) Las impensas hechas por razon de los frutos no se restituyen al poseedor, sino es en el caso que éste devuelva los frutos.

guirse la naturaleza de estas; si son necesarias (*impensæ necesariæ*) puede exijir el reembolso sea ó no poseedor de buena fé (1): si son útiles (*impensæ utiles*) el poseedor de buena fé puede en general exijir el reembolso, mas el de mala fé no tiene derecho sino es á llevárselas, ó conservar el provecho que ellas hayan producido; si son, en fin, voluptuarias, (*impensæ voluptuariæ*), cualquiera que sea la condicion del reo, solo tiene el derecho de llevárselas mientras no cause daño á la cosa principal; y cuando el propietario no quiere indemnizarle, no puede ni aun ejercitar este derecho (2). Ademas, al reo solo se le concede para separar las impensas voluptuarias un derecho de retencion, no una accion (3).

§. 570. B. *Publitianæ in rem actio.*

Ademas de la accion reivindicatoria que concede el derecho civil, se ha introducido por el derecho pretorio una accion cuyo objeto es perseguir una cosa adquirida de buena fé por tradicion: esta accion se llama *publiciana,* (*publitiana in rem actio*) y toma su nombre del pretor que por primera vez la insertó en su edicto (4); fue desde luego introducida y concedida en beneficio de aquel, que habiendo adquirido por justa causa seguida de tradicion, la posesion propia para usucapir, perdió esta posesion antes que tuviera

(1) C. 5. C. III, 32. Solo se exceptúa el ladron fr. 13. D. XIII. 1. C. 1. C. VIII, 52.

(2) Fr. 27, §. 5. fr. 37,-38. D. VI, 1. fr. 38. D. V, 3. fr. 9. D. XXV. 1. C. 5. C. III, 32.

(3) Fr. 23. §. 4. fr. 27. §. 5. fr. 48. D. XI. 1. fr. 4. §. 9. fr. 24. D. XLIV, 4. fr. 14. §. 1. D. X, 3. fr. 33. D. XII, 6.

(4) §. 4. J. IV, 6. Dig. VI; 2.

efecto la usucapion (1). Sin embargo, tambien puede invocarla el verdadero propietario cuando no puede aducir la prueba de su propiedad, sino es que la tradicion conforme á derecho es la base de su posesion. Es necesario, para que la accion pueda intentarse, que la cosa sea capaz de prescribirse (2). La accion solo puede ejercitarse contra el poseedor de la cosa que no la posee tan legítimamente como el actor; y por consecuencia no tiene lugar contra el que posee *ad usucapionem*, ni contra el verdadero propietario (3). El objeto de la accion publiciana es demandar la restitucion de la cosa con todo aquello que la pertenece *cúm omni causa*, y sus efectos son los mismos que los de la reivindicacion (4).

§. 571. C. *Exceptio rei venditæ et traditæ.*

En derecho romano hay una excepcion muy digna de notarse; que el demandado puede oponer al actor que usa ó la accion (*rei vindicatio*) ó la publiciana (*in rem actio*), y es la *exceptio rei venditæ et traditæ* (5). Esta excepcion se

---

(1) Gajus IV, 36.-§. 4. J. IV, 6.-fr. 1. pr. D. VI. 2. Ait prætor: siquis id quod traditur ex justa causa, non à domino et nondum usucaptum petet, juditium dabo fr. 3, §. 1. fr. 4. fr. 5. fr. 7. §. 16, 17. fr. 13. pr. D. ibid.

(2) Fr. 9. §. 5. D. VI, 2. Hæc actio in his quæ usucapi non possunt puta furtivis vel in servo fugitivo, locum non habent. fr. 12. §. 2. D. ibid.: in vectigalibus et aliis prædiis quæ usucapi non possunt publicianæ competit, si forte bona fide mihi tradita sunt. Vinnius select, quæst. lib. I. c. 27.

(3) Fr. 16,-17. D. VI, 2, fr. 1, pr. D. ibid. En el código Florentino no se coloca el guion despues de domino, sino despues de causa.

(4) Fr. 7. §. 8. D. VI, 2.

(5) Dig. XXI, 3.

funda en la regla general de derecho siguiente: «el que debe prestar alguna cosa no puede rechazar la demanda que contra él se intente,» y esta es la razon por qué la excepcion se presenta como una *exceptio doli* (1). Se concede al reo en todos los casos en que ha recibido la cosa por un hecho obligatorio respecto al actor (2); pero supone siempre un hecho válido y obligatorio, porque no siendo asi, el actor la rechazaria por la réplica (*doli*) (3); pasa, en fin, activa y pasivamente á los sucesores universales y particulares de la persona á quien, y contra quien se ha concedido en el principio (4).

TITULO IV.

§. 572. I. *Del fin de la propiedad por la voluntad del propietario.*

La propiedad cesa ó se concluye por voluntad del propietario; cuando este abandona la cosa sin transferirla á otro (5), ó cuando la transfiere á alguna otra persona (6).

§. 573. II. *Contra la voluntad del propietario.*

La propiedad se extingue contra la voluntad del propietario cuando la cosa perece ó deja de estar en el comer-

---

(1) Fr. 17. D. XXI. 2.-C. 11. C. VIII, 45.

(2) V. g. fr. 1. D. XXI, 3. fr. 17. D. XXI. 2. fr. 72, D. VI, 1, C. 14. C. III, 32. C. 14. C. VIII, 45.

(3) Fr. 32. §. 2. D. XVI, 1. fr. 7. §. 6 in fine. D. XLI 4.- C. 16. C. V. 71.

(4) Fr. 1. §. 2, fr. 3. D. XXI, 3.-C. 14. C. III, 32.

(5) §. 47. J. II, 1.-fr. 2. §. 1. D. XLI. 7. fr. 17. §. 1. D. XLI, 1.

(6) Fr. 31. pr. D. XLI, 1.-C. 20. C. II, 3.

cio (1); cuando otro la adquiere contra la voluntad de su dueño, v. g., por especificacion, accesion, conjuncion ó usucapion; cuando el animal fiero recobra su libertad, ó cuando el animal domesticado se marcha para no volver mas (2); y cuando el enemigo recobra el botin que se le habia aprendido (3). Por la muerte del propietario no concluye la propiedad toda, puesto que se transmite á sus herederos.

CAPITULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES.



TITULO I.

NOCION Y PRINCIPIOS GENERALES DE LAS SERVIDUMBRES.

§. 574. I. *De la libertad de la propiedad de una cosa.*

La libertad de la propiedad de una cosa consiste en gozar sin restriccion alguna de la propiedad de la misma, y en ejercitar cuantos derechos son consecuencia de la naturaleza legal de aquella. Esta libertad se manifiesta segun hemos dicho de dos maneras diferentes. Bajo de un aspecto el propietario puede *hacer* todo aquello para que los derechos de tal le autorizan, y hacerlo generalmente sin consideracion á si otros por su hecho sienten daño ó perjuicio (1): bajo de otro él no debe *sufrir* que persona alguna se utilice y sirva de sus cosas, aun cuando de ello no le venga daño (2). Tan luego como la libertad de la propiedad se restringe bajo de uno ó de otro concepto por un derecho que pertenece á distinta persona que el propietario, se dice que la cosa *sirve* (*res servit*) (3).

(1) Fr. 23. D. VII, 4.—fr. 1. §. 5, 7. D. XLIII, 12.
(2) §. 12. 15, J. II, 1.-fr. 4, fr. 5. §. 5. D. XLI, 1.
(3) §. 17. J. II, 1.-fr. 5. §. 1, fr. 19. pr. fr. 30. D. XLIX, 15,

§. 572. II. *De la servidumbre de una cosa.*

La libertad natural de la propiedad de una cosa restringida por derechos particulares separados de la propiedad y concedidos á un tercero, es lo que se llama *servidumbre de la cosa* (*servitus rei*). Estos derechos consisten en que el propietario está sujeto por ellos, y en favor de aquel á quien estan concedidos á no *hacer*, *ó sufrir* aquello que como propietario podria hacer, ó no deberia sufrir. Tambien se llaman *servidumbres* (*servitutes*) los derechos fundados sobre la servidumbre de una cosa, y esta es la acepcion ordinaria de la palabra (4).

§. 576. III. *Principios generales sobre la servidumbre.*

De la idea de la servidumbre se derivan los principios generales siguientes:

(1) Fr. 151, 155. §. 1. D. L. 17. fr. 24, §. 12. D. XIX, 1. fr. 9 14. D. VIII, 2.
(2) Fr. 13. §. 7. D. XLVII, 10, fr. 16. D. VIII, 3. C. 11. C. III, 34.
(3) Fr. 5. §. 9. D. XXXIX, 1.-Cum quis jus suum diminuit alterius auxit, hoc est si servitutem ædibus suis impossuit. Una cosa libre de toda servidumbre se llama *res optima maxima* fr. 90.-169, D. L. 16.-Cic. de leg. agrar. III, 2.
(4) §. 3. J. II, 2. Inst. II, 3.

1.° La servidumbre que es un derecho segregado de la misma propiedad de la cosa, no puede existir sino es sobre una cosa *corporal y agena*, de aqui las reglas de derecho romano; *res sua nemini servit* (1), es decir que nadie puede tener servidumbre sobre su propia cosa; y y *servitus servitutis esse non potest* (2); es decir, que la servidumbre como se ejerce sobre una cosa *corporal*, no puede tener por objeto otra servidumbre que es una cosa *incorporal*.

2.° Como la servidumbre consiste respecto del propietario en no *hacer (in non faciendo)*; *servitus negativa*; ó en *sufrir in patiendo*; *servitus afirmativa*; nunca en un *hecho (in faciendo)*, que el propietario de una cosa deba hacer en beneficio de aquel á cuyo favor está concedida la servidumbre. Bien puede el propietario obligarse á hacer una cosa en sus bienes y en ventaja de su vecino, pero por este hecho, si bien quedaria obligado, no produciria derecho alguno sobre la cosa (3).

3.° La servidumbre debe procurar alguna ventaja á favor de la cosa ó de la persona á quien está concedido (4).

4.° De la servidumbre nace un derecho real sobre la cosa que sirve, y este derecho puede ejercitarse contra cualquier poseedor de la misma (5).

---

(1) Fr. 5. pr. D. VII, 6. fr. 24. D. VIII, 2. fr. 78. pr. D. XXIII, pero el uno de los coopropietarios puede tener una servidumbre sobre la cosa comun: fr. 10. D. VII, 9. fr. 8, fr. 27. pr., fr. 40, D. VIII, 2.

(2) Fr. 1. D. XXIII, 2: fr. 33. §. 1. D. VIII, 3.

(3) Fr. 15. §. 1. D, VIII, 1. Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis (veluti viridaria tollat, aut amæniorem prospectum præstet, aut in hoc ut in suo pingat) : sed ut aliquid patiatur, aut non faciat,-fr. 6.-§. 2. D. VIII, 5. fr. 81. §. 1. D. VIII, 1.

(4) Los fr. 15.-pr. D. VIII, 1. fr. 19. D. ibid. no son contradictorios.

(5) Fr. 20. §. 1. D, XLI, 1. fr. 5. §. 9. D. XXXIX, 1.

5.° Jamás se supone en caso de duda que una cosa está gravada con servidumbre (1): la constitucion de las servidumbres debe siempre interpretarse extrictamente; asi como el uso de las mismas debe atenerse á lo prescrito por las leyes ó á lo pactado, y siempre lo menos oneroso para el propietario verdadero (2).

6.° Solo el propietario de la cosa ó el que tiene el *dominio útil* de la misma como el enfitéuta, y el superficiario, pueden constituir servidumbres en ella (3).

TITULO II.

DE LAS DIVERSAS ESPECIES DE SERVIDUMBRES.

§. 577. *Division de las servidumbres en general.*

Las servidumbres, con relacion al sujeto en cuyo favor están establecidas, se dividen en *personales (servitutes personarum sive nominum, ó servitutes personales)*, (4) constituidas en beneficio de una persona determinada por cuya muerte se extingue (5); y en *reales*, (*jura sive servitutes prædio-*

---

(1) Fr. 13. §. 1. D. VIII, 4.- C. 9. C. III, 34.

(2) Fr. 20. §. 5. D. VIII, 2.-fr. 4. §. 1, 2; fr. 5. §. 1. D. VIII, 1. fr. 24; fr. 33. §. 1. D. VIII, 3.

(3) Fr. 2. D. VIII, 1.-fr. 1. pr. D. VII, 4. fr. 1. §. 9. D. XLIII, 18.

(4) Fr. 1.-15. D. III, 1. fr, 8. §. 3. D. XXXIV, 3.

(5) §. 3. J. II, 4.-pr. J. II, 5. fr. 3. §. 3. D. VII, 4.

rum vel rerum (1), ó simplemente *(servitutes)* (2) constituidas en beneficio de un fundo, el que es considerado en este caso como el sujeto á quien la servidumbre pertenece, y todo poseedor del mismo puede ejercitarla.

§. 578 I. *De las servidumbres personales.*

Todas las servidumbres personales tienen un carácter comun, y es que siendo derechos esencialmente personales, no pueden separarse de la persona á quien pertenecen (3), y se extinguen con su muerte (4), á menos que no se hayan concedido expresamente en favor de aquella, y de sus herederos (5). El derecho romano cuenta entre las servidumbres personales: el *usufructo (usufructus)*; el *uso de cosa agena (ussus)*; el derecho de *habitacion (habitatio)*, y las obras del esclavo y del animal ageno *(opera servorum et animalium)*.

§. 579. A. *Del usufructo.* 1. *Nocion del usufructo.*

El usufructo, *(usufructus)* (6); es un derecho real sobre

(1) §. 3. J. II, 8. fr. 1. §. 1. D. VIII, 4, fr. 1. D. VII, 1.

(2) V. g. la rúbrica de *servitutibus* VIII, 1, y en general en todo este título lo mismo que en donde se halla la expresion servitus se presenta sola sin otra denominacion.

(3) §. 3. J. II, 4.-fr. 66. D. XXIII, 3. fr, 15. D. X, 21.-fr. 37. D. VIII, 3.

(4) §. 3. J. II, 4.-pr. J. II, 5.-fr. 3. §. 3. D. VII, 4.-C, 3. pr. 12. pr. 14. C. III, 33.

(5) En este caso tambien se extingue la servidumbre, por la muerte de aquel á quien se concedió, pero renace en la persona de su heredero, fr. 37. §. 12. D. XLV, 1.

(6) Inst. II, 4.-Dig. VII, 1.-Cod. III, 33.-Paul III, 6. §. 17, 26.-Frac.-vatic.-tit.-de usufructo.

una cosa de otro, y por el cual podemos no solo percibir los frutos de la misma, sino es usar y gozar de ella conservando su sustancia (1). Aquel á quien pertenece el derecho de usufructo se llama *(fructuarius ó usufructuarius)*; el propietario de la cosa que solo conserva la nuda propiedad de la misma (2), se llama *(propietarius sive dominus propietatis)* y la cosa *res fructuaria.*

§. 580. *Del objeto del usufructo.*

Como el usufructo no da derecho alguno para disponer de la sustancia de la cosa, ni para consumirla, no puede tener por objeto sino es una cosa corporal, que no se destruya con el uso, ya sea mueble ó inmueble (3). Asi estaba establecido en el antiguo derecho romano; mas posteriormente por analogía, se admite tambien el usufructo de las cosas que se consumen con el uso, y de aqui la distincion entre el verdadero usufructo *(verus usufructus)*, y el cuasi usufructo, *(cuasi usufructus)* (4). La idea en fin del usufructo se ha hecho extensiva al uso de todo patrimonio ó de una parte del *(usufructus omnium sive partis bonorum)*. En este caso, se ejercita deduccion hecha de las deudas, so-

(1) Pr. J. II, 4.-fr. 1. D. VII, 1. Es necesario no confundir el usufructo del derecho de usar y de gozar de la cosa agena *rei aliennæ* con el derecho del propietario; este último derecho no le llamaron nunca los romanos usufructo, y los fr. 5. pr. D. VII, 6 fr. 78. pr. D. XXIII, dicen expresamente que el propietario de un. cosa no puede tener el usufructo de la misma; nuli enim res su servit (§. 576).

(2) §. 1. J. II, 4.

(3) Pr., §. 1. J. II, 4.-fr. 2. D. VII, 1.

(4) §. 2. J. II, 4. D. VII, 5.

bre todas las partes individuales del patrimonio, y debe considerarse como verdadero usufructo en cuanto á las cosas corporales que no se consumen con el uso, y como cuasi usufructo en todos los demas elementos del patrimonio (1).

§. 581. *De los derechos y obligaciones del usufructuario.*

El verdadero usufructuario tiene derecho:

1.° A emplear la cosa en el uso y disfrute que mejor le acomode, y gozar cuanto la misma produzca; siempre que deje intacta su subsistencia (2). El tiene por consiguiente derecho á percibir todos los frutos pendientes (3) al tiempo en que comienza el usufructo, y los que nazcan mientras dure (4); pero no adquiere la propiedad de estos sino es por la percepcion; asi es, que todos aquellos que no hayan percibido á la conclusion del usufructo, no se transmiten á sus herederos, sino es que pasan al propietario de la cosa (5).

2.° El usufructuario ejercita todas las servidumbres que pertenecen á la cosa (6).

3.° Tambien puede ceder el ejercicio del usufructo á

(1) Fr. 24. pr.; fr. 37; fr. 43. D. XXXIII, 2. fr. 39, §. 1. D. L. 16. C. 1. C. III, 33.

(2) El derecho romano contiene sobre este punto un gran número de disposiciones particulares, véase v. g. §. 37. J. II. 1. fr. 9. §. 7; fr. 10; fr. 12, pr.: fr. 13. §. 5; fr. 18, D. VII, 1.

(3) Fr. 27. pr. D. VII, 1.

(4) Fr. 59, §. 1. ibid.-fr. 25, §. 1. D. XXII, 1.

(5) §. 36. J. II. 1.-fr. 13. D. VII, 4.-fr. 12, §. 5. D. VII, 1.-fr. 21. §. 1. D. XXII, 1.-fr. 8. D. XXXIII, 1. Véase el §. 454 nota 3 y principalmente §. 566; por los frutos civiles, véase fr. 58. pr. D. VII, 1.

(6) Fr. 1. pr.; fr. 5. §. 1, D. VII, 9 comparado con el fr. 1. §. 20; fr. 2. D. XXXIX, 1. fr. 1. §. 4. D. XLIII, 25.

un tercero, ya sea á título oneroso, ya gratuito (1); pero el mismo derecho de usufructo como inseparable de la persona del usufructuario no puede cederlo, y cediéndolo nada hace, porque pierde el usufructo pasando á consolidarse con la propiedad (2).

Las obligaciones del usufructuario son:

1.ª Pagar todos los impuestos y cargas que gravitan sobre la cosa (3).

2.ª Servirse de ellas como un buen padre de familia, conservarla en buen estado, é indemnizar al propietario de los daños que cause (4). Abandonando el usufructo, deja tambien de estar obligado á las prestaciones anteriores (5).

3.ª Concluido el usufructo, ha de devolver la cosa al propietario.

4.ª Ultimamente, el usufructuario está obligado á dar al propietario antes de entrar en el ejercicio de su derecho,

(1) Fr. 12. §. 2, D. ibid. comparado con el fr. 38, 39, 67. D. ibid.-C. 13. C. III, 33. El usufructo puede empeñarse, fr. 11, §. 2. D. XX, 1.

(2) Paul. *Sent. rec.*. III. 6. 32. Gajus II, 4.-Theoph. *ad h. I.* y sobre este mismo pasage la glosa de Turin fr. 6. Segun Gajus y las Institutas, la cesion del usufructo en un tercero es un acto nulo, y sin efecto, y el que por otra parte, como se ve en el mismo Gajus, no produce para el cedente consecuencia alguna perjudicial (*jus suum retinet*). El fr. 66. D. XXIII, 3 no es contrario, aun cuando diga: *sed ad dominum propietatis reversum usufructum*; porque estas palabras no son generales y solo se estienden al caso particular de que habla el pasage de las Pandectas.

(3) Fr. 10. D. L. 17.-fr. 7, §. 2; fr. 27, §. 3; fr. 52, D. VII. 1.

(4) Fr. 1. §. 3, 7; fr. 2, D. VII, 9.-fr. 9. pr.; fr. 13. §. 2; fr. 15. §. 3; fr. 65, pr.; fr. 60. D. VII, 1.-§. 38. J. II. 1. De modo alguno responde del deterioro si este se ha causado usando bien de la cosa, fr. 9. §. 3. D. VII, 9.

(5) Fr. 48. pr.; fr. 64; fr. 65. pr. D. VII, 1.

una caucion ó fianza; *(cautio usufructuaria)* (1). Interin no preste la fianza, el propietario no está obligado á dar al usufructuario la posesion de la cosa, y si se la hubiera dado ya, tiene accion el primero para que se le constituya dicha caucion (2).

§. 582. 4. *De los derechos y obligaciones del cuasi usufructuario.*

El cuasi usufructo á que pertenece particularmente el *(usufructus quantitatis)*, hace propiamente hablando al usufructuario propietario de la cosa, dándole el derecho de consumirla. Pero concluido el usufructo, está obligado á restituir la misma cantidad que recibió, ó cosas de la misma especie y calidad, ó en equivalencia su valor, y á prestar ademas fianza que asegure esta restitucion (3). El usufructo de los *vestidos* debe considerarse, sin duda alguna, como un verdadero usufructo, á menos que no se haya constituido expresamente como usufructo de cantidad (4). El *(usufructus pecuniæ sive nominis)* es un verdadero usufructo, ó un cuasi usufructo segun el modo de constituirse (5).

§. 583. B. *Del uso.*

El uso *(usus)* (6), es una servidumbre personal por la

(1) D. VII. 9. El propietario puede dispensar esta caucion, pero no el testador. C. 1. III, 33.-C. 7. C, VI, 54.-fr. 10. D. VII, 5.
(2) Fr. 13. pr. D. VII, 1. fr. 7. pr. D. VII, 9.
(3) Fr. 7. D. VII, 5. §. 2. J. II, 4, fr. 5. §. 1. D. VII, 5.
(4) Fr. 15, §. 4, D. VII, 1.-§. 2. J. II, 4.
(5) Fr. 3, 4, D. VII, 5.-C. 1. C. III, 33.
(6) Inst. II, 5.-Dig. VII, 8.-XXXIII, 2.

que aquel á quien pertenece tiene el derecho de usar de la cosa agena, segun la naturaleza y destino de la misma permita, y en tanto, cuanto reclamen sus necesidades, y las de su familia. El uso no da, pues, por sí mismo derecho alguno sobre los *frutos* sino solo el de *usar* de la cosa. Sin embargo, si el uso fuera de tal naturaleza que en todo ni en parte pudiera ejercitarse sin gozar de los frutos, el usuario tiene derecho á una parte de estos en proporcion de sus necesidades (1). Ademas, no puede ceder el usuario á un tercero, al menos en todo y exclusivamente el ejercicio de su derecho (2).

§. 584. C. *De la habitacion.*

El derecho de habitacion *(habitatio)* (3), ó sea el derecho de vivir gratuitamente en la casa de otro, era entre los romanos casi la misma cosa que el *usufructus ó usus ædium* (4); pero parece que no se servian de la expresion *habitatio ò usus ædium habitandi causa* sino es para designar

(1) Los pasages siguientes servirán para explicar la nocion del derecho de uso; fr. 2. pr. D. VII, 8: cui usus relictus est, *uti potest frui non potest.* Et de singulis videndum. Continuan varios ejemplos, de que es el derecho de uso, en una casa, en un campo, en ganados &c; v. g. fr. 12, §. 2. D. ibid. sed si pecoris ei usus relictus est puta gregis, ovilis, ad stercorandum usurum duntaxat, Labeo ait: sed neque lana, neque agnis, neque lacte usurum: *hæc enim magis in fructu esse.* Hoc amplius etiam modico lacte usurum puto, neque enim tam stricte interpretandæ sunt voluntates defunctorum. §. 3: sed si bonum aveneuti usus relinquatur, omnem usum habebit, et ad arandum, et ad cætera, ad quæ boves apti sunt. El uso deba frecuentemente tantos derechos como el usufructo; v. g. fr. 22. pr. D. ibid.
(2) §. 1. J. II. 5. fr. 2. §. 1; fr. 3; fr. 4; fr. 8, pr. D. VII, 8.
(3) J. II, 5. Dig. VII, 8. Cod. III, 33.
(4) Fr. 10. pr. D. VII, 8.

la habitacion que se daba por misericordia á un necesitado; y esta es la razon porque el habitante podia ceder á otro no gratuitamente, sino por ciertos derechos, el ejercicio del suyo (1); y por la que el derecho de habitacion á diferencia del usufructo y del uso, no se perdia por la capitis deminucion (2). Este derecho tenia tambien de particular, que en el caso de haber sido concedido por donacion entre vivos, podian revocarle los herederos del donante (3).

§. 585 D. *De la obra de los esclavos.*

Las (*operæ servorum et animalium*) consistian, entre los romanos, en el derecho de utilizarse de los servicios y obras de los esclavos, y animales agenos, en tanto cuanto permitieran la naturaleza, destino y disposicion particular de estos (4). Este derecho, como el de habitacion no se perdia por la capitis diminucion. El legado de obras (*legatum operarum*) se diferenciaba igualmente de los legados de otras servidumbres personales, en que se transmitia á los herederos del legatario llegado el dia en que era efectivo el derecho al legado (*dies legati cedit*); mas para que esta transmision tuviera lugar, necesario era que el legatario no se hubiese aun aprovechado de ellos, ó que un tercero no hubiese usucapido todavia los animales ó esclavos (5).

§. 586 II. *De las servidumbres reales.*—a *Nocion.*

La *servidumbre real* es un derecho constituido sobre

(1) §. 5, J. II. X. C. 13, C. III, XXXIII.-fr. 10. D. VII, 8.
(2) Fr. 10. D. IV, 5 comparado con el §. 3. J. II, 4 y el pr. J. II, 5.
(3) Fr. 27, 32, D. XXXIX, 5.
(4) Dig. VII. 7 y XXXIII, 2, fr. 6, pr. D. VII, 7.
(1) Fr. 2. D. VII, 7.-fr. 2. D. XXXIII, 2.

una heredad á favor de otra heredad, y el que puede ser ejercitado por todos los poseedores de aquella, contra cualquiera poseedor de esta (1). Para que haya servidumbre real han de existir siempre dos fundos (*prædia*), que pertenezcan á propietarios diferentes (2), y de los que el uno está gravado con la servidumbre (*quod servitutem debet prædium serviens seu fundus servus*) (3), constituida en provecho del otro (*qui servitur debetur*), hoy llamado *prædium dominans* (4). Los dos fundos han de estar contiguos el uno del otro, es decir, que no deben estar muy separados, y si colocados en situacion que la servidumbre pueda ejercitarse (5).

§. 587 b. *Principios generales sobre las servidumbres reales.*

Las servidumbres reales se fundan en los principios generales siguientes:

1.° La servidumbre ha de ser de tal naturaleza que por ella adquiera una ventaja el predio dominante, porque aumente su precio, su utilidad ó comodidad (6).

2.° La causa de la servidumbre ha de ser perpetua (*causa perpetua*), es decir, la situacion natural del fundo sirviente debe ser constantemente tal, que ofrezca al dominante la ventaja á que tiene derecho por la constitucion

(1) Fr. 12. D. VIII. 4. C. 3. C. III, 34.
(2) Fr. 1. §. 1. D. VIII, 4.-§. 3. J. II, 3.
(3) Fr. 9. D. VIII, 1.-fr. 14, D. VIII, 2.-fr. 23. §. 2. D. VIII, 3. fr. 20. §. 1. D. XLI, 1.
(4) Fr. 23, §. 2, 3. D. VIII, 0.
(5) Fr. 5. §. 1; fr. 7. §. 1. D. VIII, 0,-fr. 28, D. VIII, 2. fr. 7. §. 1. D. VIII, 5.
(6) Fr. 15. pr. D. VIII, 1.-fr. 3. pr. D. XLIII, 20, fr. 86 D. L. 16. De este principio derivan dos consecuencias. 1.ª Impor-

de la servidumbre, sin que el propietario del predio sirviente esté obligado á prestar hecho alguno (1).

3.° La servidumbre se considera como un apéndice ó parte del predio dominante; asi es, que no puede ser enagenada hipotecada, ni dada en arrendamiento, sin que aquel lo sea tambien, tampoco puede transmitirse á otro fundo (2).

4.° Las servidumbres reales son indivisibles, asi que no pueden adquirirse, ejercitarse ni perderse en parte (3).

5.° La servidumbre real constituida para y simplemente se ejerce, por regla general, sobre todo el fundo sirviente (4). Sin embargo, este ejercicio debe restrinjirse á las necesidades del fundo dominante (5). Tambien se puede por una convencion particular limitar el tiempo, el lugar y aun el modo de ejercer la servidumbre; como su constitucion y conclusion pueden igualmente subordinarse á unas condiciones (1).

ta poco que por la servidumbre adquiera un beneficio personal aquel que la constituye en su provecho, fr. 19. D. VIII, 1: Ei fundo quem, qui vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo, veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit: quænam enim habere possumus, quamvis ea *nobis* utilia non sit. 2.ª Un derecho concedido sobre el fundo ageno que proporciona solamente agrado ó utilidad *personal* no es una servidumbre real, fr. 8. pr. D. VIII. 1. Ut pomum decerpere liceat et ut spatiari, et ut cœnare in alieno possimus servitus (sc. prœdii) imponi non potest.

(1) Fr. 28. D. VIII. 2.-fr. 23. §. 1. D. VIII. 3.-fr. 2, D. VIII. 4.-fr. 1. §, 4, D. XLIII, 22.

(2) Fr. 16. D. VIII, 1. fr. 44, D. XIX, 2, fr. 33. §. 1 D. VIII, 3.-fr. 11. §. 3; fr. 12, D. XX, 1.

(3) Fr. 11, 17. D. VIII, 1.-fr. 18; fr. 32, D. VIII, 3.-fr. 6. pr. D. VIII, 6. fr. 5. D. VII, 1. Sobre las consecuencias y las restricciones de esta regla véase fr. 23, §. 3; fr. 25. D. VIII, 3, fr. 140, §. 2. D. XLV, 1.

(4) Fr. 21. D. VIII, 5.-fr. 9. D. VIII, 1.

(5) Fr. 5, §. 1 al final, D. VIII 3. fr. 9. D. VIIJ, 1.

6.° Generalmente, todo poseedor del fundo dominante puede ejercitar las servidumbres, salvo el caso en que se hubieran concedido expresamente en favor de la persona del primer adquirente del fundo, sin que dejen de ser por esto verdaderas servidumbres reales (2).

7.° El que tiene el derecho de ejercitar una servidumbre, le tiene tambien para hacer todo aquello, que conduzca al ejercicio de su derecho (3); pero no puede exigir del propietario del fundo sirviente le mejore, porque los reparos necesarios para el ejercicio de la servidumbre debe hacerlos el dueño del fundo dominante (4).

8.° Las servidumbres reales asi como estan constituidas en favor de todo un fundo, asi tambien graban ó deben prestarse por todo otro de suerte que la servidumbre es y ha de prestarse para todo y por todo un fundo y no por su superficie (5).

§. 588. c. *Especies de servidumbres reales*

Hay dos especies de servidumbres reales: servidumbres

(1) Fr. 4. pr.; §. 1, 2; fr. 6. D. VIII, 1; fr, 13. §. 1. D. VIII, 3,

(2) Fr. 4.; fr. 6, pr.; fr. 37. D. VIII, 3, fr. 14. §. 3. D. XXXIV, 1.

(3) Fr. 10. D. VIII, 1.-fr. 20. §. 1. D. VIII, 2.-fr. 3. §. 3. D. VIII, 3.

(4) Fr. 6. §. 2. D. VIII, 5. Arg. fr. 15. §. 1. D. VIII, 1.-fr. 81. §. 1. D. VIII, 1. Lo contrario sucede por excepcion en la servidumbre *oneris ferendi*, fr. 6. §. 2. fr. 8. pr.; fr. 2. D. VIII, 5. fr. 33. D. VIII, 2.

(5) Fr. 13. pr. D. VIII, 3.-fr. 11. pr. D. VIII, 2.

de *predios urbanos* (*servitutes sive jura prædiorum urbanorum*), y servidumbres de *predios rústicos* (*servitutes sive juræ prædiorum rusticorum*) (1). Predios rurales son aquellos que producen fruto; urbanos todos los demas, v. g. las casas, establos, talleres, almacenes, graneros, ora esten situados en el campo, ora en la ciudad (2). Por consecuencia servidumbre urbana es aquella que en general está establecida en beneficio de una propiedad urbana, y rústica aquella que está constituida en favor de un bien rústico, ó que tiene por objeto favorecer la agricultura y cria de ganado (3); sin embargo, puede acontecer que servidumbres urbanas esten contituidas en favor de un predio rústico; y vice-versa que servidumbres rústicas lo estén á favor de un predio urbano (4).

El número de servidumbres reales es ilimitado, y el derecho romano se reduce á enumerar las condiciones generales y necesarias á su existencia (§. 587).

Las servidumbres que puedan establecerse bajo estas condiciones son tan diversas, como diferentes son los derechos que pueden constituirse sobre una heredad en favor de otra (5). Las servidumbres reales que el derecho romano enumera de las que hablaremos en los §. §. siguientes, deben considerarse como ejemplos de aquellas que con mas frecuencia ocurren (6).

---

(1) §. 3. J. II, 2. fr. 1. D. VIII, 1.

(2) Fr. 198. D. L. 16.-§. 1. J. II, 3.-fr. 1. pr. D. VIII, 4. fr. 3.-4, 7. D. XX, 2.

(3) Pr.; §. 1. J. II, 3.

(4) Fr. 2. D. VIII, 2 comparado con el fr. 2. §. 1. D. VIII, 3. fr. 11. §. 1. D. VI, 2.-fr. 14. §. 1. D. VIII, 1.

(5) V. gr. fr. 3. §. 1, 2. D. VIII, 3.

(6) Sobre la division de las servidumbres en *continuas* y en *discontinuas* véase §. 594.

§. 589 1. *De las servidumbres urbanas.*

Las principales servidumbres urbanas que el derecho romano conoce son las siguientes:

1.ª Las servidumbres *oneris ferendis*, ó el derecho de hacer descansar el todo ó parte de un edificio sobre el todo ó parte de el del vecino. Esta servidumbre la llaman algunos anómala ó irregular, y se distingue particularmente de las otras, en que el dueño del fundo, muro, ó columna sirviente está obligado á repararle y conservarle del modo que se hubiere convenido al establecer la servidembre; y si sobre este punto nada se hubiese pactado al constituirla, debe al menos conservarle en el mismo estado en que se hallaba cuando se constituyó (1). Sin embargo, puede muy bien el dueño del predio sirviente libertarse del cargo de la reparacion abandonándole, y en todos casos la seguridad del edificio dominante ínterin se repara la pared, ó muro sobre el cual se apoya, corresponde al que se utiliza de la servidumbre (2).

2.ª La servidumbre (*tigni immittendi*), ó el derecho de descansar los maderos en el muro ó pared del vecino, para construir, por ejemplo, un pasadizo ó galeria cubierta (*porticus ambulatoria*, ó para dar mayor seguridad á nuestro edificio (3). Las vigas ó maderos que se inutilicen pueden reemplazarse por otras nuevas, con condicion que no se aumente su número (4).

---

(1) Fr. 6. §. 2, 5, 7; fr. 7. D. VIII, 5.-fr. 33, D. VIII, 2.

(2) Fr. 6. §. 2 al final; fr. 8. pr. D. VIII, 5.

(3) Fr. 8. §. 1, 2. D. VIII, 5.-fr. 242. §. 1. D. L, 16.

(4) Fr. 14, pr. D. VIII, 5 comparado con el fr. 11. pr. al final. D. VIII, 6.

3.ª La servidumbre *projiciendi*, ó el derecho de edificar ó construir en la parte exterior de nuestro edificio, ó una galería, corredor ó balcon sobre el arco del de el vecino. La servidumbre *protegendi* ó el derecho de construir un cobertizo que se estienda ó derrame las aguas, sobre la propiedad del vecino, con objeto de protejer y atender á la conservacion del nuestro, es una especie de servidumbre *projiciendi* (1). Estas dos servidumbres descansan en el principio de que á la propiedad del suelo está unida la propiedad del aire que se encuentra sobre aquel.

4.ª La servidumbre *stillicidii sive fluminis recipiendi seu advertendi sive iinmitendii stillicidium*, es el agua que cae gota á gota del techo, ó tejado; (*flumen*) es el agua que se reune en las canales y corre por las mismas. Esta servidumbre consiste, ó en el derecho de dirigir el curso de las aguas de nuestro edificio sobre el edificio ó fundo del vecino (2), ó el de conducir el agua llovediza del edificio vecino sobre el nuestro, ó sobre nuestro fundo con el objeto de utilizarnos de ella para el riego, ú otro cualquier uso (3). Entre los romanos, la libertad de cualquiera servidumbre de esta especie, era considerada como un derecho semejante al de una servidumbre, y se llamaba *stillicidii sive fluminis non recipiendi* (4).

(1) Fr. 2. D. VIII, 2.-fr. 242, §. 1. D. L, 16.-fr. 29. §. 1 D. IX, 2.

(2) §. 1. J. II, 3.-fr. 2; fr. 17. §. 3; fr. 20. §. 3.-6. D. VIII, 2. fr. 8. pr., D. VIII, 6. fr. 16. D. VIII, 16.

(3) Hay muchos autores que consideran á esta servidumbre como *stillicidii non recipiendi*. Vinnius in *Coment. ad* §. 1. J. II, 3, *et ad* §. 2. J. IV, 6. Pero véase el fr. 28. D. VIII, 2.

(4) Asi es al menos como Theophilo *ad* §. 1. J. II, la presenta. Pero no puede menos de conocerse que esta explicacion es contraria á la estricta nocion de la servidumbre, considerada como una restriccion de la libertad natural de la propiedad. Por esta razon Schulting en su *Jurispr. antejusti. ad Cajum* lib. II, tit. 1, nota 29, hablando del *jus stillicidii non recipiendi*: *Quod non sit nova servitus, sed res ad naturalem tantum redit libertatem.* Parece, sin embargo, que los romanos cuando se trataba de las servidumbres urbanas, consideraban como servidumbre, ó al menos como un derecho semejante á una servidumbre, no solo la restriccion de la misma propiedad, sino es el derecho en cuyo goce se estaba por la cesacion de una servidumbre, y que vuelve la libertad á la propiedad. Asi se explica tambien el *jus stillicidii non recipiendi* en el sentido que le da Theophilo, *el jus altius tollendi et luminibus officiendi*, f. 2, 21, 32. pr. D. VIII, 2, fr. 26. pr. D. XLIV. fr. 2. pr. D. VIII, 3.

5.ª La servidumbre *altius non tollendi*, consiste en el derecho que tenemos de adquirir en beneficio nuestro, que el vecino no de á su edificio mayor elevacion, que la que tiene, ó al menos le levante sobre una altura determinada (1). El que estando privado de este derecho le adquiria posteriormente de su vecino tenia el derecho de *altius tollendi*.

6.ª La servidumbre, *luminum et ne luminibus officiatur*, asi como la servidumbre *de prospectu y ne prospectui officiatur*. *Lumina* son las ventanas, huecos ó patios, por medio de los que nuestro edificio recibe la luz, que necesita, ó la que posee: *prospectus* es la vista que desde el se goza (2). La servidumbre *luminum sive luminis excipiendi seu inmittendi ó fenestræ aperiendæ* (3), es el derecho de poder abrir en un muro ó pared de otro, ó en un muro ó pared comun, ventanas ó luces que den claridad á nuestro edificio; es tam-

(1) §. 1. J, II, 3, fr. 2; fr. 11, 21, 32. pr. D. VIII, 2.-fr. 7. §. 1; fr. 16. D. VIII, 4. C. 8, 9. C. III. 34.

(2) Fr. 16. D. VIII, 2.

(3) La comparacion de los pasages siguientes demuestra que estas diversas excepciones son una misma cosa, fr. 4, 23. pr. 40, D. VIII, 2. fr. 13. §. 7. D. VII, 1. C. 12. §. 2. C. VIII, 10.

bien el derecho de abrir claros ó luces en nuestro muro que dominen la propiedad del vecino, cuando disposiciones particulares de la ley no le permiten (1). La servidumbre (*ne luminibus officiatur*) consiste en que el vecino no pueda edificando, plantando ó por cualquiera otro medio privar de luz á nuestro edificio. En la constitucion ó adquisicion de la servidumbre se determina la luz que debe tener nuestro edificio ó aquella que le es necesaria (2). La servidumbre de *prospectu ò ne prospectui officiatur*, que es lo mismo, consiste en el derecho que tenemos para impedir que nuestro vecino por medio de nuevas construcciones, ú otros obstáculos nos prive de la vista que tienen nuestras casas ó fundos (3). La libertad de una servidumbre *ne luminibus aut prospectui officiatur* se llama á su vez *jus luminibus aut prospectui officiendi* (4).

7.° La servidumbre (*sterculinii*) ó el derecho de arrimar á nuestro edificio por el lado de la casa, ó fundo del vecino, un basurero ó cosa semejante (5).

8.° La servidumbre (*cloacæ mittendæ*) ó el derecho de conducir una cloaca por la casa ó fundo del vecino (6).

9.° La servidumbre (*fumi immittendi sive cuniculi balnearii habendi*) ó el derecho de dirigir por la chimenea ó

(1) C. 12. §. 3. C. VIII, 10.
(2) Fr. 4, 11. pr.. 15. fr. 17. pr. §. 1. fr. 22, 23. pr. 31. D. VIII, 2.-fr. 16. D. VIII, 4. fr. 15. D. VIII, 5, sobre todo el fr. 10, D. VIII, 2 comparado con el fr. 30. D. VII.
(3) Fr. 3-12-15. D. VIII, 2. Los autores modernos estan divididos sobre estas servidumbres. Felizmente hoy no se atiende tanto al nombre que le daban los romanos, como al modo con que se han constituido al objeto y extension que deben tener.
(4) F. 2. D. VIII, 2,
(5) Fr. 17. §. 2. D. VIII, 5.
(6) Fr. 7. D. VIII, 1.-fr. 2. D. VIII, 0.

inmediaciones del fundo vecino vapores ó exhalaciones incómodos y desagradables (1).

§. 590. 2. *De las servidumbres rústicas.*

Las principales servidumbres rurales que reconoce el derecho romano son las siguientes:

1.° Aquellas cuyo objeto es facilitar las comunicaciones por tierra y agua, son en número de cuatro: (a) la servidumbre *itineris* ó sea entre los romanos el derecho de transitar por el fundo ageno, á caballo, á pie, ó en litera (2). La servidumbre (actus), que ademas de contener la servidumbre *itineris*, da el derecho de conducir por el fundo vecino nuestros ganados, ó el de transitar por el con carruaje (3). La servidumbre *viæ*, que no solamente comprende las dos anteriores, si que tambien autoriza á conducir por el fundo sirviente piedras y maderas de construccion (4). Si la latitud de las *viæ* no está marcada por alguna cláusula particular, la ley fija ocho pies en la línea recta, *in porrectum*, y diez y seis pies en la tortuosa, *in anfractum* (5). En su constitucion puede pactarse que el que de ella goza sea árbitro de variar el camino ó darle la direccion que le convenga (6); pero no pactando nada sobre este punto, el derecho de tránsito se restringe á la direccion dada y deter-

(1) Fr. 8. §. 5.-7. VIII, 5.
(2) Pr. J. II, 2.-fr. 1. pr. fr. 7, pr.; fr. 13, D. VIII, 3.
(3) Véanse ademas los pasages de la nota precedente, el fr. 4. §. 1. fr. 13. D. VIII, 1. fr. 2. D. VIII, 6.
(4) Fr. 1. pr.; fr. 7. pr. D. VIII, 3.
(5) Fr. 8, fr. 13. §. 2, 3, fr. 23. D. VIII. 3. fr. 6 in fine, D. VIII, 6.
(6) Fr. 13, §. 1. D. VIII. 3.-fr. 6, §. 1, D. VIII, 7.

minada al establecimiento de la servidumbre, y en su defecto, y en caso de contienda entre las partes, el juez teniendo presente la localidad, y el interés de éstas debe decidir (1). Aunque hoy se examina mas bien el modo de constitucion, las localidades, y utilidad de las servidumbres, que no los principios y disposiciones generales del derecho romano, sin embargo, es cierto que en estos casos debe siempre aplicarse la regla del derecho que dice, que lo mas comprende tácitamente á lo menos (2), cuando no está espresamente derogado (3). La servidumbre *(navigandi)* ó el derecho de pasar por los lagos ó estanques de otro para llegar á nuestra propiedad (4).

2.° La servidumbre de *pasto (servitus pacendi sive pascui)*, ó el derecho de pastar nuestros ganados en el fundo ageno (5). Esta servidumbre comprende tácitamente la de *actus* como necesaria para su ejercicio (6); tambien en la constitucion de esta servidumbre se fija el tiempo en que puede ejercitarse, y la especie y número de animales que han de pacer; pero cuando aquel no está marcado, se entiende que solo es concedido despues de levantadas las cosechas y segados los prados (7). Sino se ha determinado la

(1) Fr. 13. §. 1, 3; D. VIII, 3. fr. 3. D. VIII, 1. La servidumbre de camino concedida por un legado y sin que el testador determine la extension de aquel, puede designarse ésta por el heredero siempre que no perjudique al legatario, fr. 26. D. VIII, 3.

(2) Fr. 21, fr. 110. pr. D. L, 17. pr. J. II, 3. fr. pr. fr. 7. pr. D. VIII, 3.

(3) Fr. 4. §. 1. D. VIII, 5. fr. 1. D. XXXIV, 4.

(4) Fr. 23. §. 1. D. VIII, 3.

(5) §. 2. J. II, 3. fr. 1. §. 1. fr. 3. §. fr. 4. fr. 6. §. 1. D, VIII, 3.

(6) Arg. fr. 3. §. 3. D. VIII, 3.

(7) Arg. fr. 9. D. VIII, 1. civiliter modo et fr. 13 in fine D. VIII, 4.

especie de animales, se entiende de todos aquellos á quienes convienen los pastos del predio sirviente, á excepcion de los que causáran grandes daños. Si el número de animales no se ha fijado, el derecho de pastar se extiende á todos los que pertenecen al predio dominante, y son necesarios para su cultivo (1). Finalmente cuando no hay convenio ó condicion que le prohiba; el dueño del predio sirviente puede tambien hacer pastar sus propios ganados, (*jus compascendi*) (2); sin embargo, si los pastos del predio sirviente no bastasen á los ganados de uno, y de otro, el dueño del predio dominante tiene el derecho de introducir el número de sus ganados convenido al constituir la servidumbre, aun cuando no quedasen pastos algunos para el propietario del predio sirviente; sino hubiese número fijo, el juez señalará ó determinará, con vista de la extension y estado de las propiedades, el número de cabezas de ganado que cada propietario tiene derecho á introducir.

3.° Las servidumbres que tienen por objeto la conduccion y disfrute de las aguas. De esta especie son: (a) el *(aquæductus)*, ó servidumbre *aquæ ducendæ*; que es el derecho de conducir las aguas á nuestra propiedad por el fundo ageno, ya se haga la conduccion por la superficie, ya por cañería (3). Generalmente el que goza de este derecho debe conducir

(1) La razon es, porque ninguna servidumbre real, puede ejercitarse mas allá de las necesidades del predio dominante, fr. 3, pr. convinado con el fr. 5 al final. D. VIII, 3.

(2) Arg. fr. 13. §. 1 al final. D. VIII, 4. C. 6. C. III, 34. La expresion *jus compascendi* ha creado la de *jus compascui* que es el derecho de pastar que muchos propietarios se han concedido recíprocamente sobre sus fundos no como servidumbres sino es como *precarium*.

(3) Pr. J. II, 3.-fr. 1. pr.; fr. 9. D. VIII, 3. fr. 14, §. 2. D. VIII, 1. fr. 4. D. XLIII, 20. C. XI, 42.

las aguas por cañones, y no por canales de piedra (1); y conducirlas por una direccion marcada (2). La servidumbre puede ser constituida ó bien para obtener aguas todo el año *(agua quotidiana)*, ó bien para obtenerlas solo durante el estio *(aqua æstiva)* (3) (b). El *aquæ haustus*, ó la servidumbre *aquæ auricudæ*; es el derecho de sacar agua de las fuentes ó pozos agenos: comprende tambien la servidumbre *(itineris)*, en tanto que esta es necesaria para el ejercicio de aquella (4). La servidumbre *pecoris ad aquam appulsus* ó el derecho de abrevar nuestros ganados en el fundo ageno; en esta servidumbre está comprendida la de *actus* en tanto que es necesario su disfrute (5) (d). La servidumbre *(aquæ educendæ ó immittendæ)*, es el derecho de conducir las aguas de nuestra propiedad por la de otro (6).

4.° Existen finalmente otras varias servidumbres rústicas: v. gr. el derecho de cortar leña y maderas en los bosques agenos; el de conservar nuestros frutos en el edificio ageno; el derecho de arrojar la piedra y tierras que se sacan de nuestras canteras sobre el fundo ageno, y el de tenerlas alli hasta que estén actas para nuestro uso: el derecho de construir para el pasturaje una choza ó albergue rústico en el predio sirviente (7); y el derecho de *cractæ*

(1) Fr. 17. 1. D. XXXIX, 3.

(2) La direccion de las aguas se regla por los mismos principios que la de los caminos: fr. 9 al final D. VIII, 1. fr. 21, 22, 26. D. VIII, 3. fr. 8. D. XLIII, 20.

(3) Fr, 1 §. 2, 3. D. XLIII, 20. El goce de esta servidumbre puede aun limitarse á ciertos dias y horas, ó á una medida determinada, fr. 2; fr. 5. pr. D. ibid. fr. 2. §. 1, 2. D. VIII, 3.

(4) §. 2. J. II, 3.-fr. 1. §. 1; fr. 3. §. 3; fr. 9, D. VIII, 3.

(5) Véase ademas de los parages indicados en la nota precedente el fr. 4; fr. 6, §. 1, D. VIII, 3.

(6 Fr. 29. D. VIII, 3.-fr. 8. §. 5. D. VIII, 3.

(7) Fr. 6. §. D. VIII, 3, fr. 3. §. 1, 2. D. ibid. fr. 6 al final, D. ibid.

eximendæ, calcis coquendæ, lapidis eximendæ, arenæ fodiendæ y otros semejantes (1), cuyo solo nombre indica suficientemente su objeto.

TÍTULO III.

DEL ESTABLECIMIENTO Y EXTINCION DE LAS SERVIDUMBRES.

§. 591 a. I. *¿Quién puede constituir una servidumbre?*

Del principio establecido en el §. 575 que las servidumbres no son, atendida su naturaleza, mas que derechos separados de la propiedad de una cosa, y transferidos á otra persona, se derivan las consecuencias siguientes:

1.° Solo el propietario de una cosa puede gravarla con servidumbre; asi que en la servidumbre constituida por uno que no es propietario, el adquiriente no tiene el *derecho de servidumbre (jus servitutis)*, sino es solamente *juris cuasi possessio* (2).

2.° Aquel cuya propiedad es revocable desde el principio, no puede gravarla con servidumbre mas que por el tiempo que dure su derecho (3).

3.° El copropietario no puede, por si solo gravar el fundo comun con una servidumbre real, porque esta es indivisible (4).

(1) §. 2. J. II, 3.-fr. 1. §. 1; fr. 5. §. 1; fr. 6, D. VIII, 3.

(2) Fr. 11. §. 1. D. VI, 2.

(3) Fr. 11. §. 1. D. VIII, 6, fr. 105. D. XXXV, 1 por la regla *resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum.*

(4) Fr. 2. D. VIII, 1.-fr. 11. 34, pr. D. VIII, 3.-fr. 6. § 1.-3; fr. 18, D. VIII, 4. Solo se trata aqui de las servidumbres reales, porque el copropietario puede ceder á otro su parte intelectual de un usufructo; fr. 10, D. VII, 9.

4.° El que solo tiene la nuda propiedad de una cosa cuyo usufructo pertenece á otro, puede gravarla únicamente con aquellas servidumbres que en nada perjudican los derechos del usufructuario, pero de modo alguno, ni aun consintiéndolo éste puede imponer aquellas que restringen el usufructo (1).

5.° El que solo tiene el dominio útil de una cosa *(dominium utile)*, como el enfitéuta y el superficiario, puede sí, gravarla con servidumbres sin el consentimiento del propietario; pero desde el momento que la propiedad vuelve á las manos de éste, se extinguen las servidumbres constituidas por el enfitéuta y superficiario (2).

§. 591 b II. *¿Quién puede adquirir una servidumbre?*

Las servidumbres personales se adquieren por todos aquellos que en general tienen la capacidad de adquirir; pero las servidumbres reales solo puede adquirirlas el verdadero propietario de la cosa, por que se consideran como una accesion de la misma (3). El simple propietario de una cosa puede adquirir por ella una servidumbre, aun sin consentimiento del usufructuario, pero éste goza de las ventajas que la misma presenta, mientras la duracion de su derecho (1). El copropietario no puede por sí solo adquirir una servidumbre para la cosa comun, y la razon es, porque no siendo propietario de toda ésta, y tratándose de un derecho indivisible no puede adquirirse *(pro parte)* (2). Ultimamente el propietario de una heredad, no puede adquirir para sí y para su vecino una misma servidumbre pues solo la adquiere para sí (3).

---

(1) Fr. 15. §. 7; fr. 16, D. VII, 1: *Propietatis dominus nequidem consentienti fructuario servitutem imponere potest*, nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat; veluti si talem servitutem vicino concesserit, jus sibi non esse altius non tollendi. La razon está en el principio establecido §. 576: servitus servitutis esse non potest.

(2) Fr. pr. D. VII, 4.-fr. §. 9. D. XLIII, 18.

(3) §. 3. J. II, 3, fr. 1. §. 1. D. VIII, 4. Asi es el que es poseedor de buena fe de una heredad, solo adquiere de buena fe la posesion de la servidumbre concedida á esta.

§. 591. c. *¿Cómo se adquieren las servidumbres?*

Las servidumbres se adquieren:

1.° Por convencion. Es indudable que la simple convencion basta para constituir una servidumbre negativa: no sucede asi en las afirmativas. Es cuestionable si la simple convencion ó pacto basta para constituir el *derecho de servidumbre*, y la accion real que de él emana, ó si ademas se requiere la *cuasi tradicion* ó su ejercicio *(patientia domini)*: de estas dos opiniones puede muy bien decirse que hasta hoy no ha triunfado alguna, sin embargo, que los jurisconsultos mas célebres se inclinan á la primera (4).

---

(1) Fr. 15, §. 7. D. VII, 1.-fr. 1. pr. fr. 5. §. 1. D. VII, 6.

(2) Fr. 19, 34. pr. D. VII, 3.-fr. 5; fr. 6. §. 1.-3: fr. 18. D. VIII, 4; fr. 8. §. 1. D. VIII 1, fr. 30. §. 1. D. VIII, 2.

(3) Fr. 5: fr. 6. pr. al final fr. 8. D. VIII, 4, fr, 6, 4. D. XVIII, 1.

(4) La opinion mas general es que la tradicion de la servidumbre es necesaria para adquirir el *jus servitutis*, por causa de las C. 20. C. II, 3.-fr. 3. pr. D. XLIV, 7.-fr. 11. §. 1. D. VI, 2. fr. 20. D. VIII, 1. fr. 1. §. 2. D. VIII. 3. Pero segun otra opinion apoyada en Gajus II. 30, 31. §. 4. J. II. 3; §. 1. J. II. 4, fr. 3. pr. D. VII. 1; fr. 19. D. VIII. 3, la tradicion de la servidumbre no es necesaria para adquirir el jus servitutis, sino es para adquirir la *posesion* de la servidumbre, y para que tenga lugar la accion publiciana: de este derecho hablan los fr. 11, §. 1. D. VI. 2; fr. 20. D. VIII. 1. fr. 1. §. 2. D. VIII. 3.

2.° *Por última voluntad (servitus legata)*; el derecho de servidumbre se adquiere en este caso desde el momento en que el *dies legati cedit* (1). Las servidumbres no se pueden constituir tácitamente por convencion, ó por testamento, sino es cuando la cosa enagenada ó legada no podria existir sin la servidumbre, ó cuando pudiera ejercitarse el derecho principal del que la servidumbre es accesoria (2).

3.° Por adjudicacion en los tres casos de los juicios divisorios (3), y en el que el juez reconoce la necesidad de establecer un camino para ir á alguna heredad (4).

4.° Por la *prescripcion* de diez y veinte años, si es prescriptible la propiedad de la cosa por este lapso de tiempo (5); si el que prescribe tiene buena fé (6), y justo título;

(1) §. 4. J. II. 3.-§. 1. J. II. 4.-fr. 3. pr.; fr. 6. pr. D. VII. 1. Tambien se requiere aqui la tradicion para que haya lugar á la posesion de la usucapion, y á la accion publiciana. Sobre la *servitus legata* véase D. XXXIII 2, 3.

(2) Fr. 1. D. XXXIII, 2.-fr. 1, §. 1, 4. D. VII. 6.-fr. 15. §. 1. D. XIII. 2.-fr. 44. §. 9. fr. 81. §. 3. D. XXX, fr. 20. D. VII. 5. fr. 10; fr. 34.-39. D. VIII. 2; fr. 3; fr. 6. pr.; fr. 7. D. VIII. 4, fr. 30. D. VII. 1, fr. 26, D. XXXIX. 2.

(3) Fr. 6. §. 1. D. VII. 1; fr. 16. §. 1; fr. 22. 3. D. X. 2. fr. 6. §. 10. D. X. 3.-fr. 10. D. VII, 9.

(4) Fr. 12. pr. D. XI. 7. fr. 1. §. 1. D. VII. 6. fr. 44, §. 9. D. XXX, fr. 1X. §. 1. D. XXXIII, 2.

(5) C. 7 al final. C. VII. 33: Eodem observando et si res non soli sint sed incorporales, quæ in jure consistunt veluti *usufructus et ceteræ servitutis*. Las servidumbres de aquellas cosas cuya propiedad no puede adquirirse mas que por la prescripcion de treinta ó cuarenta años ó mas, tampoco pueden adquirirse sino es por igual lapso de tiempo. Nov. 131. c. 6.

(6) Es necesario que haya ejercido la servidumbre naturalmente *non vi, nec clam, nec precario*, fr. 10. pr. D. VIII, 5. fr 1. §. 23. D. XXXIX, 3. C. 1. C. III, 34. Pero no le incumbe la prueba y si al contrario.

es decir, si la servidumbre ha sido constituida, ó concedida de una manera conforme á derecho (1). Cuando falta el justo título, aunque haya buena fé, no se adquiere la servidumbre sino es por la prescripcion de treinta años (2), ó por una prescripcion inmemorial, *vetustas* (3); si falta tambien la buena fé, no puede tener lugar la prescripcion del derecho de servidumbre; pero la accion negativa del propietario se extinguirá por la prescripcion, y tendrá siempre una excepcion para mantenerse en la posesion de la servidumbre (4).

5.° Finalmente las *disposiciones de la ley* sirven tambien, muchas veces para constituir el usufructo; y de aqui el admitirse servidumbres reales legales, si por ellas se entienden las restricciones con que la ley grava la propiedad de una cosa en beneficio de otra.

§. 592. IV. *¿Cómo se extinguen las servidumbres?*

Las servidumbres cuya extincion no depende de un término, ni de una condicion resolutiva, se extinguen segun su naturaleza general (5).

(1) C. 12. C. VII, 33. Ut bono initio possessionem tenetis etc. Solo bajo esta condicion adquiere la prescripcion por diez ó veinte años.

(2) Arg. C. 8. §. 1. C. VII, 39.

(3) Fr. 3. §. 4. D. XLIII, 20; fr. 10. pr. D. VIII, 5; fr. 2. pr. §. 8. D. XXXIX, 3.

(4) C. 3. C. 8. §. 1. C. VII 39.

(5) Asi por ejemplo el usufructo legal del padre sobre los bienes de sus hijos concluye con la patria potestad; §. 2. J. II, 9; lo mismo que la duracion de una servidumbre puede restrinjirse á un tiempo determinado, ó por contrato, ó por testamento, fr. 4. D. VII, 1. El usufructo, segun la C. 12. C. III, 35 tiene aun de

1.° Por la *renuncia, (remissio)* expresa ó tácita de aquel que las ejercita (1).

2.° Por la *confusion*, cuando en las servidumbres reales llegan á pertenecer á un mismo dueño el prédio dominante, y el predio sirviente. Sin embargo, cuando el dueño del predio dominante adquiere una parte del sirviente, ó viceversa, continúa la servidumbre sobre las demas (2). La *confusion*, y tambien la *consolidacion* (3), tienen lugar en las servidumbres personales, cuando el que tiene la nuda de propiedad adquiere tambien el usufructo, ó cuando el usufructuario adquiere la propiedad de la cosa. Mas si la confusion desde su principio es temporal, cesando ésta, reviven las servidumbres sin distinguir entre las reales y personales (4).

3.° Si el derecho del que constituyó la servidumbre era desde su principio *revocable*, cesando éste, cesa tambien, ó se extingue la servidumbre (5).

particular que 1.°, cuando se ha concedido á alguno un usufructo hasta que un tercero llegue á cierta edad, y este muere antes de cumplirla, el usufructo existe, ó continúa hasta el dia, en que el tercero viviendo cumpliria, la edad designada; 2.° cuando el testador subordina la duracion del usufructo á un acontecimiento incierto, que se refiere á la persona de un tercero, si éste muere antes de realizarse la condicion, debe considerarse como si le hubiera concedido el usufructo durante su vida.

(1) §. 3. J. II, 4.-§. 14. D. VIII, 1.-fr. 8. D. VIII 6, fr. 64, 65. D. VII. 1, fr. 34. pr. D. VIII, 3.

(2) Fr. 1. D. VIII, 6.-fr. 30. D. VIII, 2 comparado con el fr. 8. §. 1, D. VIII, 1. fr. 19; fr. 34. pr. D. VIII, 3.-fr. 5; fr. 6. §. 1.-3; fr. 18. D. VIII, 4.

(3) §. 3. J. II, 4.-fr. 3. §. 2; pr. D. VII, 2.-fr. 78. §. 2. D. XXIII, 3.

(4) Fr. 9. D. VIII, 4.- fr. 18. D. VIII, 1. fr. 57. D. XXIV, 3. fr. 7. pr. D. XXII, 5.

(5) Fr. 16. D. VII, 4. fr. 11. §. 1. D. VIII, 6.-fr. 105. D. XXXVI. segun la regla resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum.

4.° Por la *destruccion de la cosa* (1), pero renace la servidumbre cuando se restablece la misma cosa (2).

5.° Por la *destruccion del sujeto*. Las servidumbres personales se extinguen por la muerte de aquel á cuyo favor han sido constituidas (3), las reales por la destruccion del predio dominante; mas si éste se reedifica ó vuelve á existir se restablece la servidumbre (4).

6.° Por la *prescripcion extintiva*. El derecho nuevo á diferencia del antiguo, exije para que una servidumbre quede extinguida, no solo el no uso de la misma *(non ussus)*, sino que requiere ademas (5), que el propietario del predio sirviente haya adquirido la *usucapio libertatis*, ó que un tercero haya adquirido la cosa por prescripcion como propiedad franca y libre (6).

(1) §. 1, 3. J. II, 4, fr. 10. §. 2.-4; fr. 12; fr. 30; fr. 31. D. D. VII, 4; fr. 20. §. 2. D. VIII, 2, fr. 2. D. VII, 1.

(2) Fr. 14. pr. D. VIII, 6.-fr. 23. D. VII, 4.-fr. 36. pr. D. VII, 1. Hay autores que dicen, que solo en las servidumbres reales son en las que renacen las servidumbres.

(3) §. 3. J. II, 4.-pr. J. II. 5.-fr. 3. §. 3. D. VII.-C. 3. pr.; 12, pr. 14. C. III, 23. El usufructo concedido á una comunidad, se extingue por un lapso de 100 años, quia is finis vitæ longi hominis est; fr. 56. D. VII, 1. Es muy digno de notarse, que en derecho romano el usufructo y el uso que son los derechos, que se fundan en el derecho civil, se extinguen por la máxima, y media capitis diminucion del que los ejercita. §. 3. J. II. 4. fr. 1. D. VII, 4. C. 16, 17, C. III, 23; y no sucede lo mismo en la habitacion, quia in facto potius, quam in jure consistit; fr. 10. pr. D. VII, 8. fr. 10. D. IV 5; las operæ servorum estan el mismo caso que la habitacion, fr. 2. D. VII, 7.-fr. 2. D. XXXIII, 2.

(4) Fr. 20. §. 2. D. VIII, 1.

(5) Porque la accion confesoria se extingue según los principio generales sobre la prescripcion de las acciones, cuando durante treinta años no se ha intentado C. 3. C. VII, 39.

(6) Aqui debe distinguirse entre el derecho antiguo, y el derecho nuevo 1. El usufructo y el uso, no la habitacion, se pier-

TITULO IV.

DE LAS ACCIONES QUE SE REFIEREN Á LAS SERVIDUMBRES.

§. 593. I. *Acciones petitorias.*

Las acciones que se refieren á las servidumbres, son ó petitorias ó posesorias. Las petitorias son:

1.° La accion *confesoria (actio confessoriæ sive vindicatio servitutis)*, que se ejercita por el que tiene un derecho de servidumbre con objeto de hacer valer éste. Se concede á cualquiera que reclama la servidumbre, y prueba que realmente ésta pertenece á él, ó á su heredad (1). Se dirije

den segun el derecho antiguo por el simple no uso de dos años en los inmuebles, y un año en los muebles. Paul, *Sent. rec.*, III, 6, 30.-fr. 38-40. D. VII, 1.-fr. 28, 29. D. VII, 4. fr. 10. pr. D. VII, 8. Segun una disposicion de Justiniano, el usufructo y el uso no se extinguen por el simple no uso, sino es solamente despues de una *usucapio libertatis* de parte del propietario de la cosa sobre la que se haya constituido el usufructo, ó cuando es usucapida por un tercero como propiedad libre. C. 16. §. 1. C. III, 33: nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quæ etiamsi dominium vindicaret, posset cum præsentem vel absentem excludere. C. 13. C. III, 34. 2.° En las servidumbres reales se hacia, segun el derecho antiguo, una distincion entre las servidumbres rústicas y las urbanas. Las primeras se perdian por el no uso, las segundas solo por la usucapio libertatis. Paul. *Sent. rec*,. 1, 17. fr. 6. D. III. 2. fr. 18, D. VIII, 3. fr. 7. D. VIII. 6. En derecho nuevo debe admitirse segun la C. 13 al final. C. III, 34 combinada con la C. 16. §. 1. C. III, 33 y el §. 3. J. II, 4 que las servidumbres reales, como el usufructo, no se extinguen por el no uso. Sin embargo, sobre este punto son muy varias las opiniones.

(1) Fr. 2. §. 1. fr 10. §. 1. D, VIII, 5. Cual sea el derecho que

contra aquel que turba al actor en el ejercicio de su derecho, y tiene por objeto el reconocimiento de la servidumbre, la indemnizacion de daños y perjuicios sufridos, y en caso de necesidad la caucion *ne amplius turbando* (1).

2.° La accion negatoria, *(actio negatoria sive vindicatio libertatis)*, tiene por objeto hacer que se declare libre una cosa. Puede ejercitarla el dueño de una cosa que pretende se declare á ésta libre de toda servidumbre, y contra cualquiera que se abrogue una servidumbre sobre la propiedad de aquel (2). En realidad la accion confesoria, no es mas que la reivindicacion de la cosa *(rei vindicatio)*; toda vez que la propiedad es parcialmente menoscabada por la usurpacion de una servidumbre; su objeto como hemos dicho, es la declaracion de la libertad natural de que goza una propiedad; exijir la correspondiente caucion para precaver se turbe en lo sucesivo esta libertad, y obtener la indemnizacion de daños y perjuicios. La prueba de la libertad corresponde al actor (3), la de la servidumbre al reo aun cuando se halle en posesion de ella (4).

(3.°) El derecho romano concede tambien la accion *publiciana (actio in rem publitiana)* tanto en favor de la servidumbre, como en favor de la libertad de la propiedad.

el usufructuario tenga para reclamar las servidumbres que pertenecen á la heredad de que goza, véase fr. 1. pr.; fr. 5. §. 1. D. VII, 6.- fr. 1. §. 4. D. XLIII, 25.

(1) Fr. 2.; fr. 5. §. 5-7. D. VII. 6, fr. 4. §. 2: fr. 6. §. 2-7; fr. 7, fr. 10. §. 1. fr. 12; fr. 15. D. VIII, 5.

(2) Fr. 2. pr. D. VIII, 5. Tambien tiene lugar contra toda lesion que se causa á la propiedad, v. g. fr. 13, 14, 17. pr. D. VIII, 5. fr. 6. §. 2. D. XLVII, 7.

(3) Fr. 5. pr. D. VII, 6. fr. 15. D. XXXIX, 1.

(4) Esta es una cuestion muy controvertida principalmente por causa del §. 4. J. IV, 15 y del fr 7. §. 5. D. XL, 12.

En el primer caso el actor no está obligado á probar que el *derecho de servidumbre* le pertenece, sino que ha adquirido la posesion de la misma por tradicion, ó porque el propietario ha permitido el ejercicio de la servidumbre *patientiæ domini.* En el segundo caso el actor no tiene que probar que él es el propietario de la cosa, sino es solamente que ha adquirido la posesion de la misma por justo título y por tradicion (1).

§. 594. II. *De las acciones posesorias.*

Las acciones posesorias que pueden invocarse para garantir las servidumbres, son en las personales los interdictos ordinarios, *retinendæ vel recuperandæ possessionis* (2) §. 533.-535. En las servidumbres reales ha de distinguirse: con relacion á las *afirmativas*, cuyo ejercicio depende de un hecho propio, independiente *servitutes discontinuæ*; v. g. las servidumbres *itineris, viæ, actus, aquæ ahuriendæ* no tienen aplicacion los interdictos ordinarios; la ley concede para estos casos interdictos particulares; tales son: el interdicto de *itinere actuque privato*, destinado á defender una servidumbre de camino, y el interdicto de *itinere actuque reficiendo*, cuyo objeto es obtener la reparacion del camino (3); el interdicto del *fonte*, que protege el ejercicio del derecho de tomar las aguas de la fuente, manantial, ó estanque de

(1) Fr. 4. D. LIII, 17.-fr. 3. §. 13, 14, 16: fr. 9, §. 1, D. XLIII, 16, fr. 60, pr. D. VII, 1.-fr. 2, pr., §. 3. D. XLIII, 26.
(2) Fr. 4. D. XLIII, 17.-fr. 3, §. 13, 14, 16; fr. 9, §. 1, D. XLIII, 16; fr. 60, pr. D. VII, 1, fr. 2, pr., §. 3. D. XLIII, 26.
(3) Fr. 1 pr.; fr. 3, §, 11, D. XLIII, 19, fr. 4, §. 5. D. VIII, 5.

otro, y el interdicto de *fonte reficiendo* para obtener la reparacion de la fuente (1). Respecto de las servidumbres afirmativas, cuyo ejercicio exige la existencia contínua de algun aparato ó construccion *(servitutes continuæ)*, se hace uso bien del interdicto *uti possidetis* (2), bien de interdictos particulares para ciertas servidumbres de esta especie; v. g., el interdicto de *aqua quotidiana et æstiva* para entrar en el ejercicio de una conduccion de aguas, cuando existen las obras necesarias al efecto (3), y el interdicto de *rivis* para mejorar estas obras (4); el interdicto de *cloacis* para obtener la limpia ó reparacion de un canal de desagüe (5).

Las servidumbres negativas solo se protegen por el interdicto *uti possidetis.*

CAPITULO IV.



DEL ENFITEUSIS (6).

§. 595. I. *Nocion del enfitéusis.*

Enfitéusis es un derecho real, por el cual nos servimos de la propiedad de otro como de la nuestra, y disponemos

(1) Dig. XLIII, 22.
(2) Fr. 20 pr. D. XIII, 2, fr. 8, §. 5, D. VIII, 5.
(3) Dig. XLIII. 20.
(4) Dig. XLIII. 21.
(5) Dig. XLIII. 23 comparado con el fr. 1 pr. D. XLIII, 17.
(6) Fuentes, entre otras §. 3. J. III 24 (25). Dig. VI, 3.-XXXIX, 4. Cod. Theod. X, 3. Cod. Just. IV, 66.

de su sustancia sin deteriorarla, bajo la condicion de cultivarla, mejorarla, y pagar en todos los años ó épocas determinadas una renta fija. El que concede sobre su propiedad este derecho, se llama *dominus emphiteuseos*; el que la recibe *emphiteuta*; y la cosa sobre que se concede *ager vectigalis sive emphiteuticarius.*

§. 596. III. *De los derechos del enfitéuta.*

El enfitéuta sin ser propietario de la cosa tiene casi todos los derechos comprendidos en la propiedad (1). Asi tiene el derecho de gozar plenamente de la cosa, el de poseerla, el de percibir todos los frutos cuya propiedad adquiere irrevocablemente, no por la percepcion, sino es por la simple separacion (2). No adquiere, es cierto, la propiedad de las accesiones, pero sobre ellas no se le puede negar el derecho enfitéutico (3). Sobre el tesoro no tiene mas derechos que como inventor (4), es decir, no adquiere mas que una parte del mismo tesoro. En enfitéuta puede

(1) Esta causa, junta con la idea de que el derecho romano concede al enfitéuta una *utilis in rem actio*, habrá empeñado ya á los glosadores á enumerar la reunion de derechos que tiene sobre la cosa *dominium utile*; mientras que designaban por *dominium directum* la propiedad que conservaba el *dominus*, por que, como verdadero propietario de la cosa, tenia la *rei vindicatio directa*. Por esta expresion *dominio util*, no debe entenderse una verdadera propiedad, sino es un derecho sobre la cosa agena (*jus in re aliena*), análogo por su extension y sus efectos al derecho de propiedad.

(2) Fr. 25, §. 1, D. XXII, 1.

(3) Ar. fr. 10, §. 1, fr. 32; fr. 65, D. XXIII, 3.

(4) Ar. fr. 7, §. 12. D. XXIV, 3. Los que conceden al enfitéuta una verdadera propiedad son de otra opinion.

tambien disponer de la cosa enfiteuticaria, pero la extension y los efectos de este derecho estan subordinados á las convenciones de las partes; si no existen estas convenciones, se subordinan á las reglas siguientes:

1.ª El enfitéuta tiene el derecho de disponer de la sustancia de la cosa, y hacer en la misma cambios que no la deterioren (1).

2.ª Puede ceder á otro el ejercicio de su derecho, enagenarle viviendo, y pasarlo á sus herederos por causa de muerte (2); puede en fin, empeñar la cosa y gravarla con servidumbres sin el consentimiento del propietario (3). La única limitacion que tiene es la de no poder vender sin el consentimiento del propietario, porque á este le concede la ley el derecho de preferencia ó sea el de quedarse con la cosa enfiteuticaria por el tanto; en su consecuencia, tan luego como el enfitéuta intente vender, ha de poner en conocimiento del propietario su intencion para que éste en el término de dos meses, que le concede la ley, pueda hacer uso del derecho de tanteo. Si durante este tiempo, no usare de su derecho el propietario, el enfitéuta podrá consumar la venta, y ésta será válida siempre que recaiga en persona hábil y capaz de cultivar, y administrar bien el campo enfiteuticario (4).

(1) Auth. *Qui rem.* C. I. 2. Nov. 120, c. 8.

(2) C. 3. C. IV, 66.-§. 3. J. III, 34. (25), fr. 71, §. 5, 6. D. XXX. C. 1, 3. C. XI, 70.

(3) Fr. 16, §. 2. D. XIII, 7, fr. 1. pr. D. VII, 4. Si el bien por la naturaleza de la constitucion (*ex lege constitutionis*) vuelve al dominus enphiteuseos, las servidumbres constituidas por el enfitéuta, sin su consentimiento se extinguen por la regla *resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum* fr 31. D. XX, 1.

(4) C. 3. C. IV. 66.

3.ª En caso de muerte el enfitéuta transmite la cosa enfiteuticaria á sus herederos testamentarios ó abintestatos (1).

4.ª La ley concede al enfitéuta, la accion real útil (*utilis in rem actio*), para perseguir sus derechos aun contra el mismo propietario (2).

§. 597. III. *De las obligaciones del enfitéuta.*

Faltando convenciones particulares, el enfitéuta tiene las obligaciones siguientes:

1.ª Pagar todas las cargas públicas y privadas que afectan á la cosa (3).

2.ª Mejorar la cosa en cuanto le sea posible, ó al menos cultivarla para que no sufra deterioro (4).

3.ª Pagar el rédito ó canon convenido á la época fijada y sin dar lugar á que se le exija (5).

4.ª Pagar al propietario la 50.ª parte del precio de la cosa ó de su estimacion (*quinquajesima pars pretii vel æstimationis ó laudemium*) cuando la transfiere á otro bien sea por donacion, legado, venta ó cambio, y cuyo derecho lo paga en reconocimiento del nuevo enfitéuta. Los herederos del enfitéuta no están obligados á este pago á

(1) Nov. 7. C. 3 conv. con la nov. 120. c. 6. §. 1. El derecho enfitéutico puede tambien trasmitirse á otros por *legados*, fr. 21. §. 5, 6. D. XXX.

(2) Fr. 1. §. 1. D. VI, 3. fr. 12. §. 2. D. VI, 2.

(3) C. 2. C. IV. 66, neque apochas tributorum dominio reddiderit. C. 2. C. X. 16.

(4) Nov. 120, c. 8. No puede exijir, pues, se le indemnicen las mejoras que haya hecho en la cosa que debe conservarla y tenerla al menos en tan buen estado como lo recibió.

(5) §. 3. J. III, 24.-(25) C. II. C. IV. 66.

menos que asi se haya convenido al establecer el enfitéusis (1). Pero este *laudemio* no se debe cuando el dueño directo se niega á reconocer al nuevo enfitéuta, y persiste en esta negativa por espacio de dos meses (2).

§. 598. IV. *Como se adquiere el enfitéusis.*

El derecho de enfitéusis se adquiere por la concesion que de él hace el dueño del fundo á virtud de un contrato, de disposicion testamentaria, ó de otro título legítimo, y por la tradicion subsecuente de la cosa (3). La prescripcion tiene igualmente lugar en el enfitéusis, cuando se ha establecido por el que no es propietario de la cosa, y el enfitéuta ha ejercitado su derecho de buena fé y durante 10 ó 20 años, con tal que la cosa pueda prescribirse en este tiempo (4). El que posee por largo tiempo cualquiera fundo *animo enfiteutæ*, y sin que nadie le haya cedido el derecho de enfitéusis, pagando el cánon, adquiere por el hecho mismo de recibirle el propietario una constitucion tácita del enfitéusis; en cuyo caso no es necesario el transcurso de 10 ó 20 años.

§. 599. V. *Como se concluye el enfitéusis.*

El enfitéusis se extingue:

1.º Cuando la cosa perece enteramente.

(1) C. 3. C. IV. 66.

(2) C. 3 cit.: novam enphiteutam in possessionem suscipere transferre.

(3) Sobre el contrato enfitéutico. véase §. 684.

(4) Por analogía á la adquisicion de las servidumbres por usucapion C. 14. C. XI, 61.

2.° Cuando concedido por un propietario temporal y revocable cesa el dominio de éste (1).

3.° Por cumplirse el tiempo ó condicion por el que y bajo de la cual se concedió.

4.° Cuando el enfitéuta cede su derecho al propietario (2), ó cuando por otra causa tiene lugar la consolidacion lo que puede suceder si el enfitéuta muere intestado y carece de herederos legítimos, ó cuando el propietario adquiere por prescripcion la libertad de la cosa.

5.° Cuando un tercero ha adquirido por usucapion la propiedad del fundo, objeto del enfitéusis (3).

6.° Finalmente existen muchas causas por las cuales el enfitéuta sufre como pena, la pérdida de su derecho. A estas causas pertenecen las siguientes: el deterioro de la cosa (4): en el enfitéusis de bienes eclesiásticos, no pagar el cánon en dos años, en el de bienes laicales en tres, y en unos y en otros cuando no se paga durante dos años los impuestos públicos que gravitan sobre la cosa, y no se presentan los recibos al propietario (5), enagenando, en fin, la cosa á un tercero sin dar cuenta al propietario (6). En todos estos casos no puede el señor directo, por su propia autoridad, expulsar al enfitéuta, pero si está obligado á intentar contra él una accion que le prive de su derecho.

(1) Segun la regla *resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum*. Arg. fr. 11. §. 1. D. VIII, 6.-fr. 105. D. XXXV, 1.

(2) Se duda si el enfitéuta puede abandonar la cosa enfiteuticaria sin consentimiento del propietario. Véase sin embargo C. 3. C. XI, 61.

(3) El enfitéuta por no pagar el canon ó rédito no puede adquirir la propiedad plena de la cosa enfiteuticaria. C. 7. §. 6. C. VII, 39.

(4) Nov. 120. c. 8. comparada con el fr. 13. §. 5. D. VII, 1.

(5) C. 2. C. IV, 66. Nov. 7, 3. §. 2.

(6) C. 3. C. ibid.

CAPITULO V.



DE LA SUPERFICIE.

§. 600. I. *Idea de la superficie.*

La superficie *(superficie ó superficium)* es en derecho romano todo aquello que se encuentra en la superficie de un fundo, ó edificio, y que ya por el arte, ya por la naturaleza, de tal modo está unida á él, que forma parte del mismo; v. gr. las casas, los árboles y las vides (1). Segun los principios establecidos en el §. 549 el dueño del fundo y del suelo tiene tambien, por derecho de accesion, la propiedad de todo aquello que comprende la idea de superficie (2); pero él puede conceder á otro el derecho de superficie *(jus superficiarium)*, por el cual el superficiario adquiere, sobre la superficie, casi todos los derechos del propietario (3). Al conceder el derecho de superficie, puede pactarse un cánon ó rédito, *(solarium pensio)*, el cual no es tan esencial en la superficie como lo es el cánon en el enfitéusis. Ordinariamente este *jus in superficie* solo tiene lugar en los edificios lebantados en solar ageno, y aun algu-

(1) Fr. 32. D. XXIII, 3. fr. 39. D. XXXI, fr. 2. D. XLIII, 18.

(2) Gajus II, 73, 75. Gajus epit. II, 1, 4. fr. 3. §. 7. D. XLIII, 17: *Semper enim superficies solo cedit*, §. 29-37. J. II, 1, fr. 2. D. XLIII, 18.

(3) Este es el segundo caso en que se admite ordinariamente un dominio *directo* y *útil*.

nas veces una sola habitacion ó piso forma el objeto de la superficie (1).

§. 601. II. *Derechos y obligaciones del superficiario.*

Los derechos del superficiario son casi los mismos que los del enfitéuta. El superficiario tiene, pues, el pleno goce de la superficie, en cuanto se le ha concedido (2); transmite éste derecho á sus herederos abintestato, y puede disponer del mismo de cualquier modo, entre vivos, y por causa de muerte (3); puede tambien hipotecar la superficie por todo el tiempo que dure su derecho (4); gravarla con servidumbre (5), y tiene por concesion de la ley para perseguirle una *utilis in rem actio* (6), y el interdicto particular de *(superficiebus)* para que se le mantenga la posesion (7). Sus deberes consisten en pagar todas las cargas, y obligaciones inherentes á la superficie (8), y el cánon *(solarium)* convenido (9). Está exento del pago de *laudemio*

(1) Fr. 3. §. 7. D. XLIII, 17.
(2) Fr. 1. pr. D. XLIII, 18: *ex lege locationis.*
(3) Fr. 10. D. X, 2. fr. 1. §. 7. D. XLIII, 18.
(4) Fr. 16. §. 2. D. XIII, fr. 9. §. 1. D. XX, 1.-fr. 15. D. XX, 4.
(5) Fr. 1. §. 9. D. XLIII, 18.
(6) Fr. 1. §. 3, 4. D. XLIII, 18.-fr. 74. D. VI, 1.-fr, 12. §. 3 D. VI, 2.
(7) Fr. 1 pr. D. XLIII, 18, fr. 3 §. 7. D. XLIII, 17. Para obtener la restitucion de la posesion perdida, tiene el interdicto ordinario *de vi* y *de precario*, fr. 1. §. 5. D. XLIII, 16, fr. 2. D. XLIII, 26
(8) Por la regla conocida *Qui habet commoda, debet ferre onera*, fr. 7. §. 2. D. VII, 1.
(9) Fr. 39. §. 5. D. XXX, fr. 15. D. XX, 4. fr. 73. §. 1; fr. 75. D. VI, 1.

en las enagenaciones. El superficiario concluido su derecho debe restituir la cosa, pero no está obligado á las desmejoras, ó desperfectos que el tiempo ó la casualidad hayan causado en ellas.

§. 602. III. *De la adquisicion y fin de la superficie.*

El derecho de superficie se adquiere por *convencion*, cuando el propietario de un suelo le entrega á otro para construir un edificio y poseerle *jure superficiario*, ó cuando alquila á otro una superficie que existe ya, ó le vende el suelo reservándose la propiedad (1), ó cuando vende á otro el edificio y se reserva la sùperficie (2). El derecho de superficie se adquiere tambien *por última voluntad (superficies legata)*, pero nunca por usucapion; porque en este caso se usucape al mismo tiempo el terreno, y de consiguiente no puede existir derecho de superficie *(jus in superficie* (3).

El derecho de superficie cesa, ó concluye por las mismas causas que el de enfitéusis; aunque los principios que rigen sobre la conclusion del enfitéusis no tienen aqui aplicacion (4).

(1) Fr. 73. §. 1, fr. 74. D. VI, 1.-fr. 1. §. 1. D. XLIII, 18.
(2) Fr. 44. §. 1 al final D. XLIV, 7. En este caso la propiedad de la superficie pasa tambien al comprador del fundo*(superficies transit, quæ natura solo cohæret*, pero el vendedor conserva un *derecho sobre la superficie.*
(3) Fr. 16. D. XLI, 3.
(4) Algunos autores con motivo del fr. 15, D. XX, 4 sostienen lo contrario en el caso de no pagarse el rédito; pero este pasage no habla del derecho, que tiene el propietario del suelo pare ser preferido á aquel á quien el superficiario empeñó la superficie.

CAPITULO VI.

DEL DERECHO DE PRENDA Y DEL DE HIPOTECA.

TITULO I.

NOCION Y NATURALEZA GENERAL DEL DERECHO DE PRENDA Y DEL DE HIPOTECA.

§. 603. *Nocion.*

El derecho de prenda y el de hipoteca (*pignus, hipothecæ, obligatio rei*) es el derecho real (1) que tiene un acreedor sobre la cosa de otro (2), en garantía ó seguridad de su crédito, y con el objeto de en caso necesario, poder enagenarla para hacerse pago. Cuando el acreedor obtiene la posesion de la cosa que forma el objeto de su derecho, se llama prenda, ó peño, *pignus* en el verdadero sentido; sino tiene la posesion se llama ó hay *hipoteca*. Generalmente unos mismos principios rigen á estas dos especies de derechos (3):

(1) El derecho de prenda y de hipoteca, ordinariamente es un derecho *real* (*jus in rem*); pero solamente cuando una cosa corporal forma su objeto; el derecho de prenda concedido sobre una obligacion conserva mas bien su naturaleza de obligacion

(2) El derecho de prenda y de hipoteca no se tiene realmente sobre su propia cosa, fr. 45. pr. D. L, 17.-fr. 29. D. XIII, 7, fr. 33. §. 5. D. XLI, 3, fr. 9. pr. D. XX, 6.

(3) §. 7. J. IV, 6.-fr. 5. §. 1. D. XX, 1.-fr. 9. §. 2. D. XIII, 7. fr. 238. §. 2. D, L, 16.

la cosa empeñada se llama tambien en derecho romano *res obligata suppossita, abnoxia* (1).

§. 604. II. *Condiciones de la prenda y de la hipoteca.—A. Un crédito.*

El derecho de prenda y el de hipoteca es, por su naturaleza un derecho puramente accesorio; y asi supone siempre la existencia de un crédito que debe garantir (2). Cualquiera que sea la naturaleza de este crédito, bien civil ó natural, su objeto, la persona obligada, su existencia presente ó futura, todo esto importa poco: (3) sin embargo, la eficacia del derecho de prenda y de hipoteca se arregla generalmente, por la del crédito que debe garantir (4).

§. 605. B. *Una cosa propia para darse en prenda.*

Todas las cosas que ofrecen seguridad al acreedor, y que pueden enagenarse, pueden tambien ser objeto de la prenda y de la hipoteca (5): asi que tanto las cosas corporales de toda especie, como las incorporales pueden empeñarse. Entre las incorporales, tambien se cuentan las servi-

(1) V. g. fr. 11. §. 6. D. XIII, 7. C. 6. C. VIII, 17. C. 6. §. 2. C. V. 9.

(2) Fr. 5; fr. 25. D. XX, 1. C. 1, 2. C. VIII, 33.

(3) Fr. 5. pr. §. 2. D. XX, 1.-fr. 9. §. 1. D. XIII, 7.-fr. 14. §. 1. D. XX, 1. Ex quibus causis naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit. C. 2. C. VIII, 31. Inteligere debes vincula pignoris durare, personali actiones submota.

(4) Fr. 2. D. XX, 3.-fr. 33. D. XX, 1. No estan conformes las opiniones respecto al mérito de la prenda y de la hipoteca constituidas en garantía de una obligacion natural.

(5) Fr. 9. §. 1. D. XX, 2.-Dig. XX, 3. Cod. VIII, 17.

dumbres; de donde se deduce que no solamente el dueño de una cosa puede dar á su acreedor en prenda el usufructo de la misma (1), sino es el usufructuario tambien su usufructo; sin embargo, en este caso el acreedor no adquiere el derecho de usufructo, sino es solamente la facultad de percibir los frutos mientras dure el derecho de usufructuario (2). Las servidumbres reales no pueden, por el contrario, empeñarse sin el fundo dominante (3); pero bien puede el propietario de un fundo constituir en favor de su acreedor, para seguridad del crédito, una servidumbre rústica, aunque sea bajo la condicion de que sino fuere solventado el crédito, puede aquel enagenar la servidumbre á otro vecino (4). Tan luego como un crédito es empeñado, y el acreedor no paga, puede éste usando de su derecho, ó pedir la enagenacion del crédito, ó intentar en nombre propio una accion útil. Si el crédito empeñado le constituye una suma de metálico, el acreedor retiene de ésta tanto, cuanto importe lo que á él se le debe; si es por el contrario una cosa, corporal, la recibe, *pignoris loco* (5). Finalmente el acreedor puede empeñar tambien el derecho de hipoteca ó de prenda que tiene sobre una cosa, y en este caso el acreedor del acreedor (*creditor creditoris*) tiene sobre éste, un privilegio en la misma cosa para hacerse pago (6).

(1) Fr. 11. §. 1; fr. 15. pr. D. XX, 1.
(2) Fr. 11. §. 2; fr. 15. pr. D. XX, 1.-fr. 8. pr. D. XX, 6.
(3) Fr. 16. D. VIII, 1.-fr. 44. XIX, 2.
(4) Fr. 11. §. 3; fr. 12. D. XX, 1.
(5) Fr. 18. pr. D. XIII, 7.-fr. 20. D. XX, 1. C. 4. C. VIII, 17, C. 7. C. IV, 39. C. 2. C. IV, 15.
(6) Fr. 13. §. 2. D. XX, 1.-C. 1, 2. C, VIII, 21.

§. 606. III. *De la extension de la prenda y de la hipoteca.*

El derecho de prenda y de hipoteca, es, con relacion á su objeto y extension, ó *general (pignus generale)* ó *especial (pignus speliale).*

La *pignus generale sive hipothecæ omnium bonorum* no existe, al menos en derecho romano, sino es cuando todo el patrimonio del deudor está empeñado; este derecho general se extiende, sino se ha pactado lo contrario, á los bienes que el deudor adquiera despues de la constitucion de la prenda y de la hipoteca; tambien comprende las cosas de cualquier género y especie que forman parte del patrimonio del deudor, como si ellas hubiesen sido designadas individualmente, y empeñadas con especialidad; pudiendo tambien establecerse sobre las cosas poseidas por un tercero (1). La *pignus speciale* tiene lugar cuando son empeñadas una ó muchas cosas particulares; en cuyo caso, el derecho de prenda ó de hipoteca afecta á cada cosa individual, y pasa con ella á todo adquiriente (2). La prenda y la hipoteca pueden ser tambien particulares, cuando tienen por objeto una universalidad de cosas. *Universitas rerum.* Si la universalidad consiste en cosas que por su objeto están sometidas á un tráfico ó cambio continuo, v. g., un almacen, todas aquellas cosas individuales que se venden quedan libres de la prenda ó hipoteca (3); asi como cuanto en el mismo in-

(1) Fr. 1. pr. fr. 15. §. 1; fr. 34. §. 2. D. XX, 1. C. 9. C. VIII, 17. C. 8. §. últ. C. V, 9.
(2) Fr. 18. §. 2. D. XIII, 7.-C. 12. C. VIII, 28.-C. 15. C. VIII, 14. Pero el derecho se extiende solamente á lo que se ha comprado con el precio de la venta de la cosa empeñada, fr. 7 al final. D. XX, 4. C. 3. C. VIII, 15.
(3) Fr. 34. pr. D. XX, 1.

gresa, sea por produccion ó compra, queda afecto á la prenda ó hipoteca, en tanto que la universalidad se halla en las manos del deudor; pues pasando á sus herederos, si bien, el derecho de prenda y de hipoteca no cesa en las cosas á que el afectaba, y en las producciones de éstas, de modo alguno se transfiere á las adquisiciones hechas por los herederos, y en el caso de sucesion particular ni aun á las producciones (1). Ultimamente el derecho de prenda y de hipoteca es particular cuando solo afecta á una parte de un patrimonio *(pars quanta, ó pars quota)* (2).

Algunas veces; una cosa individual, ademas de la hipoteca general que contra sí tiene, está hipotecada tambien con especialidad, y el acreedor sino se ha reservado expresamente la eleccion, debe en primer lugar perseguirla (3). Si por el contrario la hipoteca especial se extiende á muchas cosas individuales, el acreedor puede, no habiendo pacto en contrario, ejercitar su derecho sobre la que mas le convenga (4).

TITULO II.

DE LA CONSTITUCION DE LA PRENDA Y DE LA HIPOTECA.

§. 607. I. *Por convencion.—A. Condiciones.*

El derecho de prenda y de hipoteca puede constituirse

(1) Fr. 13. pr.; fr. 26. §. 2; fr. 29, pr. §. 1. D. XX, 1.-C. 3. C. VIII, 15.
(2) V. g. C. 1. C. VI, 43.-Nov. 108 c. 2.
(3) Fr. 15, §. 1. D. XX, 1.-C. 9. C. VIII, 28. C. 2. C. VIII, 14.
(4) Fr. 8. D. XX, 5.

por convencion, en cuyo caso solo se extiende á las cosas propias de los contratantes, ó al menos aquellas de que disponen libremente; bajo de esta condicion, puede empeñarse ó hipotecarse una cosa, bien sea por deuda propia, ó bien por la de otro (1). Del último modo, el copropietario puede empeñar la parte que le corresponde en la cosa comun (2), y tambien puede empeñarse la cosa de otro mediante el consentimiento de su dueño (3), ó con su ratificacion (4), ó haciéndose el que la empeñó despues propietario de ella (5). La prenda que se constituye en la cosa agena, es válida siempre que el deudor venga á ser dueño de la misma (6). ¿Empero la prenda y la hipoteca serán válidas y producirán efecto legal porque el propietario de la cosa llegue á ser heredero del deudor que la empeñó ó hipotecó? Esta es una cuestion debatida, en la que á pesar del apoyo con que se presentan tanto la afirmativa como la negativa, aquella parece ser la que merece la preferencia (7). Por otra parte, las mismas formalidades que se exijen en ciertos casos para enagenar una cosa, son tambien necesarias para empeñarla ó hipotecarla (8).

(1) Fr. 2. D. XIII, 7. C. 2, 6. C. VIII, 16.-fr. 5. §. 2. D. XX, 1.
(2) C. ún. C. VIII, 21.- fr. 3. §. 2, XX, 4.-fr. 7. §. 4. D. X; 6.
(3) Esto es lo que sucede *tácitamente* cuando se da la caucion por el deudor que empeña; fr. 5. §. 2. D. XX, 2, ó cuando por silencio que envuelve fraude se impide que una cosa sea empeñada ó hipotecada, fr. 41 al final D. XIII, 7. C. 2. C. VIII, 16.
(4) Fr. 20. pr. D. XIII, 7; fr. 16. §. 1. D. XX, 1.
(5) Fr. 16. §. 7, D. XX, 1.
(6) Fr. 41. D. XIII, 7. C. 5. C. VIII, 16. Pero siempre se presume que el acreedor prendario tiene buena fe, porque de otro modo solo tendria un derecho de retencion.
(7) Fr. 41. D. XIII, 7 comparado con el fr. 22, D. XX, 1.
(8) Fr. 1-3. D. XXVII, 9.-fr. 1. pr. D. XIII, 7. fr. 4. D. XX, 1.

§. 608. B. *Del modo de constituirse.*

La prenda y la hipoteca libremente consentidas pueden constituirse: 1.° por *convencion*; es decir en la prenda por el *contractus pignoratitius*, y en la hipoteca, por el *pactum hipothecæ*. Para adquirir el derecho real por el primero, es necesaria la tradicion de la cosa; por el segundo no (1): 2.° por *disposicion testamentaria*; en cuyo caso se adquiere el derecho real desde la muerte del testador (2). La intencion de empeñar ó hipotecar una cosa, puede ser expresa ó tácita; ésta resulta de hechos que no admiten otra explicacion que la de querer constituir la prenda ó hipoteca (3).

§. 609. C. *Desde qué época comienza.*

El derecho de prenda ó de hipoteca, principia, ó desde su constitucion, ó desde que existe la deuda (4). Cuando se constituye por testamento, produce su efecto desde la muerte del testador, aun cuando la deuda fuera anterior á esta época; si fuese posterior, el derecho real no tiene efecto hasta que hay deuda (5).

---

(1) §. 7 al fin. J. IV, 6.-fr. 1. pr. D. XIII, 7.-fr. 4, D. XX, 1.
(2) Fr. 26. pr. D. XIII, 7. fr. 12. D. XXXIV, 1.
(3) V. g. fr. 5. §. 2. D. XX, 1. C. 9, C. VIII, 17, no la C. 5. C. IV, 65. El derecho de prenda ó de hipoteca convencional tácito no debe confundirse con el que los romanos llaman *pignus tacitum* §. 612.
(4) Fr. 1; fr. 9; fr. 12. §. 2. D. XX, 4.-fr. 4. D. XX, 3.
(5) Desde que época comienza el derecho de prenda y de hipoteca sobre una cosa cuya propiedad no adquiere el deudor, sino es despues de la constitucion de la prenda y de la hipoteca, fr. 1. pr. D. XX, 1, fr. 3. §. 1; fr. 7. §. 1. D. XX, 4.

§. 610. D. *De las obligaciones que asegura ó garantiza.*

La prenda y la hipoteca libremente consentidas, aseguran, no solo la obligacion principal, si que tambien los intereses que nacen de ésta, los gastos judiciales, y las impensas necesarias hechos por el acreedor (1); del mismo modo que los intereses convencionales y la cláusula penal estipulada *con anterioridad* á la constitucion del derecho de prenda ó hipoteca (2). La prenda establecida expresamente y solo para la seguridad del capital, ó de los intereses, ó de una parte de la deuda, no asegura mas que estas obligaciones (3).

§. 611. II. *Por disposicion judicial.*

El derecho de prenda y de hipoteca puede igualmente constituirse contra la voluntad del propietario, por disposicion judicial; lo cual puede ser de dos maneras:

1.° Poniendo el pretor en posesion al acreedor de los bienes de su deudor, sin que preceda sentencia definitiva, *(missio creditoris in bona debitoris)* (4). Bajo esta especie se comprenden los casos siguientes: la posesion (*damni in fecti causa*) para garantir el daño que la ruina de una cosa propia podria ocasionar (5) la posesion, *(legatorum servandorum causa)* para asegurar un legado hecho condicional-

---

(1) Fr. 8. pr. §. 5. D. XIII, 7. C. 6. C. VIII, 14.-fr. 13. §. 6. D. XX, 1.
(2) Arg. fr. 54. pr. D. XIX, 2 comparado con la C. 4. C. IV 32.
(3) Fr. 11. §. 3. D. XIII, 7.-fr. 5. §. 1. D. XX, 3.
(4) Fr. 26. D. XIII, 7.-fr. 3. §. 1. D. XXVII, 9.
(5) D. XXXIX, 2: véase el §. 783.

mente ó á dia cierto (1); la posesion *(ventris in possessionem)* es decir, el acto de poner á la viuda del testador en la posesion de la sucesion para asegurar los derechos del póstumo (2), y la posesion *(rei servandæ causa)* que tiene lugar cuando el reo no comparece en el término fijado para la contestacion ó defensa (3). El derecho de prenda ó de hipoteca constituidos asi por la posesion en los bienes, hecha por el pretor, se llama *(pignus prætorium)* (4).

2.° Por la *(pignoris capio)*, cuando el pretor pone en ejecucion una sentencia que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, que tambien se llama *(pignus ex causa judicati captum)* (5). Los modernos llaman á esta clase de prenda *(pignus judiciale)*.

§. III. *Por disposicion de la ley.*

Finalmente, el derecho de prenda y de hipoteca nace muchas veces inmediatamente de la ley, es decir, que por disposicion de ésta se asegura absolutamente un crédito, tan luego como éste existe, y sin necesidad de que la prenda ni la hipoteca se constituyan expresamente por el propietario (6). Este derecho se llamaba entre los romanos *pignus*

(1) D. XXXVII, 4.-Cod. VI, 54. Esta posesion no tiene lugar si los legatarios tienen una hipoteca legal que garantice sus legados (§. 613) C, 1, 3. C. VI 43.
(2) D. XXXVII, 9.
(3) Fr. 2, D. XLII, 4.
(4) En el derecho posterior, tambien por cualquier magistrado, sin que por eso perdiese el nombre de *pignus prætorium*. C. VIII, 22.
(5) Fr. 31, 58. D. XLII, 1.-fr. 50, 74. §. 1. D. XXI, 2.-fr. 10. D. XX, 4. Cod. VIII, 23; VII, 13.
(6) D. XX, 2. Cod. VIII, 15.

quod tacite contrahitur (1), ó bien *tácita hipoteca* (2), los modernos *(pignus legale) hipoteca legal.* Por usucapion no puede constituirse el derecho de prenda, ni el de hipoteca.

§. 613. 614. *De la hipoteca legal.*

Las hipotecas legales son *generales ó especiales*, tienen una hipoteca general:

1.° El fisco sobre los bienes de los que le son deudores por contribuciones no satisfechas, desde el dia en que estas vencieron (3); sobre los de sus administradores desde el dia en que tomaron posesion de su empleo, y sobre los bienes de todos aquellos que han contratado con él por las obligaciones que nacen de los contratos (4).

2.° El marido por la dote prometida sobre los bienes de aquel que hizo la promesa desde el dia de la celebracion del matrimonio; mas si la promesa fué posterior á éste, el derecho de hipoteca no comienza hasta el dia de aquella (5).

3.° La muger, sus herederos, y su padre sobre los bienes del marido para asegurar la restitucion de la dote: su derecho tiene principio desde el dia en que se celebra el matrimonio si á esta época la dote se ha constituido, sino desde el dia de su constitucion; lo mismo sucede respecto

(1) La razon de esto es, que en todos los casos en que tiene lugar este derecho, es considerado como tácita convencion (*quasi id tacite convenerit*): fr. 3; fr. 4. pr.; fr. 7. pr. D. XX, 2.-C. 1. C. VI, 43.
(2) C. ún. §. 1. C. V, 13.
(3) Fr. 5. §. 2. D. L, 15.-C. 1. C. IV, 46.-C. 1. C. VIII, 15.
(4) Fr. 46. §. 3, fr. 47. pr. D. XLIX, 14.-C. 2, 3. C. VII, 73. C. 2. C. VIII, 15.
(5) C. ún. §. 1. C. V, 13: vease el §. 820.

del aumento de la dote (1); igualmente la muger tiene una hipoteca legal en garantía de la donacion que le fué hecha con objeto del matrimonio (*donatio propter nuptias*) sobre los bienes de aquel que la prometió (2), finalmente la tiene en los bienes de su marido para asegurar los parafernales (*parapherna*), desde el dia en que le cedió su administracion (3).

4.° Los hijos del primer matrimonio sobre los bienes del marido de su madre para asegurar las demandas que se hagan contra ésta por la tutela de aquellos, desde el dia en que la madre contrajo segundo matrimonio (4).

5.° Los hijos en los bienes de su padre ó de su madre, para asegurar los derechos que ellos tienen en los (*lucra nuptialia*) del uno ó del otro, y cuya propiedad les pertenece; ya desde la disolucion del matrimonio de su padre, ya desde que el padre que lo ha adquirido, pasa á segundas numptias, y pierde por ello la propiedad de estos bienes en favor de sus hijos. Este derecho de prenda, y de hipoteca tiene lugar en el primer caso desde la disolucion del matrimonio; en el segundo caso, no desde la celebracion de las segundas nuptias, sino es desde el momento en que el padre que se vuelve á casar adquirió la propiedad de los (*lucra nuptialia*) que pasan á sus hijos (5).

6.° Los hijos en los bienes de su padre que administra los bienes que les pertenecen por haberlos adquirido de su

---

(1) C. ún. §. 1. C. citado.-C. 19. C. V. 3.-§. 29. J. IV, 6: véase el §. 827.

(2) Nov. 199, C. 1: véase §. 828.

(3) C. 11. C. V, 14.-Véase §. 829.

(4) C. 2. C. V, 35.-C. 6. C. VIII, 15.

(5) C. 6. §. 2.; C. 8. §. 4, 5. C. V. 9.-Nov. 22. c. 24.-Nov. 28. C. 1. 2. Acerca de los *lucra nuptialia* véase §. 835 y 836.

madre ó de sus ascendientes maternos, (*bona materna et materni generis*), desde el dia en que el padre entró en la administracion (1).

7.° Los impuveros, los menores y los locos, en los bienes de sus tutores y curadores por las obligaciones que emanan de la gestion de tutela, desde el dia en que los tutores tomaron este cargo ó debieron tomarlo (2).

8.° El que adquiere un legado que se deja á un viudo ó á una viuda, bien por el cónyuje difunto, bien por un tercero bajo la condicion de que no pueda casarse, tiene, si esta condicion no se ha guardado, desde el momento en que se infringió, un derecho de prenda y de hipoteca, sobre los bienes del viudo ó de la viuda (3).

9.° La iglesia, en los bienes del enfitéuta por las desmejoras ocasionadas en el enfitéusis, desde el momento que se causaron (4).

Tienen una hipoteca especial:

1.° El dueño de una heredad ó predio urbano, bajo cuya denominacion se comprenden los edificios y demas locales no destinados al cultivo, sobre todos los bienes que el inquilino, ó arrendatario lleva al predio (*invecta et dilata*) por los derechos que nacen de este contrato, y desde el momento que se introdujeron los bienes (5).

---

(1) Sin embargo este punto es muy controvertible. La opinion general se funda en la C. 6. §. 1, 2, 4. C. VI, 61.

(2) C. 20. C. V. 37.-C. ún. §. 1. C. V, 13.-C. 7. §. 5. C. V, 70. Nov. 118. c. 5 al fin.

(3) Nov. 22. C. 44. §. 2, 8. No todos los autores estan de acuerdo sobre la naturaleza legal de este derecho de prenda y de hipoteca.

(4) Nov. 7. C. 3 §. 2.

(5) Fr. 2.-9. D. XX. 2.-fr. 32. D. XX. 1. fr. 11. §. 2. D. XX. 4. -C. 5. C. IV. 65.-C. 5. C. VIII. 15.

2.° El dueño de una heredad ó predio rústico, bajo cuya denominacion solo se comprenden los fundos destinados al cultivo, sobre los frutos percibidos por el colono desde el dia en que se percibieron (1). Igual derecho tiene el que dió á otro en subarriendo, el predio que él llevaba en arriendo, sin que el derecho de éste disminuya ni perjudique el del propietario (2).

3.° El que dió dinero para reedificar ó reparar un edificio (*ad restitutionem ædium*), tiene un derecho de prenda y de hipoteca especial sobre el edificio reparado, y sobre el suelo en que está construido (*pignus insulæ*), cuya hipoteca no comprende al que dió dinero para edificar de nuevo, ó solo dió materiales, ó prestó su trabajo. Para ejercitar aquel derecho es necesario que el dinero se haya dado expresamente para la reparacion del edificio, aun cuando el que le recibió, no le empleára en este objeto; y tiene principio desde el dia que empezó la reconstruccion (3).

4.° Los pupilos en la cosa que su tutor ó un tercero compró con su dinero (4), con tal que no se hubiera dado este dinero al comprador en calidad de préstamo, pues entonces el pupilo no tendria el derecho de prenda ni el de hipoteca, á no haberse pactado espresamente (5).

5.° Los legatarios y fundacomisarios en garantía de sus legados y fideicomisos sobre los bienes que el heredero ú el

(1) Fr. 7. pr. D. XX. 2.-fr. 24 §. 1. D. XIX. 2.
(2) Fr. 11. §. 5. D. XIII. 7.-fr. 24. §. 1; fr. 53. D. XIX. 2.
(3) Fr. 1. D. XX. 2. fr. 24. §. 1. D. XIII. 5.-fr. 21. D. XIII. 7. Mas para que á la vez tenga lugar el derecho de prenda y de hipoteca, es necesario probar que el dinero se ha empleado en el objeto á que fue destinado. Nov. 97. C. 3.
(4) Fr. 7. pr. D. XX. 4.-fr. 3. pr. D. XXVII. 9.-C. 5. C. VIII.
(5) C. 17. C. VIII. 14.

encargado de cumplir el legado ó fideicomiso, ha recibido del testador sobre sus propios bienes. Si el testador dispone que muchos paguen el legado, el derecho de prenda y de hipoteca se subdivide proporcionalmente á la suma que cada uno deba prestar, y á los bienes que ha recibido del testador (1).

TITULO III.

DE LOS EFECTOS DEL DERECHO DE PRENDA Y DE HIPOTECA.

§. 615. I. *Efectos en general. A. Derechos del deudor.*

El que en seguridad de lo que debe ó de la deuda de un tercero grava sus bienes en beneficio del acreedor con un derecho de prenda ó de hipoteca, queda como antes dueño de los bienes hipotecados (2). Puede servirse de la cosa empeñada, y percibir sus frutos, á no ser que por una convencion particular haya transferido al acreedor este derecho, en equivalente de intereses, y esta convencion se llama *anchréseos* (*antichresis*) (3), la cual puede ser expresa ó tácitamente. Tácitamente tiene lugar, cuando se da al acreedor como prenda la posesion de una cosa que lleva frutos; en cuyo caso tiene derecho el acreedor de retener tanta parte de los frutos, cuanto monten los intereses legales de la deuda, aun cuando con anterioridad nó se hubiesen éstos convenido (4). El deudor puede enagenar la cosa empeñada

(1) C. 1. 3. C. VI. 43.-Nov. 108. c. 2.
(2) Fr. 35. §. 1. D. XIII. 7.-El fr. 21. §. 2. D. XX. 1. es una consecuencia de este.
(3) Fr. 11. §. 1. D. XX. 1.-fr. 33. D. XIII. 7.
(4) Fr. 8. D. XX. 2. cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratæ ad modum legitimum usuras retinere.

ó hipotecada, no habiéndose pactado lo contrario (1): pero esta enagenacion no extingue la prenda ó hipoteca que afectaba la cosa (2): sin embargo, el derecho romano considera como un hurto la enagenacion de una cosa mueble, dada en prenda ó hipotecada especialmente, cuando se hace contra la voluntad del acreedor, y sin su conocimiento (3). Finalmente, el deudor que cuando grava una cosa no es dueño de la misma, pero que se halla (*in conditione usucapendi*), continúa una usucapion por el tiempo que dura la prenda ó hipoteca (4).

§. 616. B. *De los derechos del acreedor.—1. En general.*

1.° El acreedor tiene un derecho real sobre la cosa dada en prenda ó en hipoteca; la prenda convencional le da la posesion propia para los interdictos (*possessio ad interdicta*) (5); la prenda y la hipoteca pretorias, la detencion solamente (6) y la simple hipoteca, ni la detencion ni la posesion.

2.° Puede retener hasta el pago íntegro de la deuda la cosa dada en prenda (7); y como el derecho de prenda y de

(1) Fr. 7. §. 2. D. XX. 5.
(2) Fr. 18. §. 2. D. XIII. 7.-C. 12. C. VIII. 28.-C. 14. C. VIII. 14.-Nov. 112. c. 1.
(3) Fr. 19. §. 6; fr. 66, pr. D. XLVII. 2.-fr. 3. §. 1. D. XLVII. 20.
(4) Fr. 16. D. XLI. 3.
(5) Fr. 16. D. XLI. 3.-fr. 3. §. 15. D. X. 4.
(6) Fr. 3. §. 8. D, XLIII 17.-fr. 3. §. 23. D. XLI. 2.
(7) Tambien hasta el pago de los intereses y gastos hechos en la cosa fr. 8. pr. §. D. XIII. 7. y respecto á otras deudas sin hipoteca, solo puede usar de este derecho contra el deudor y sus herederos. C.-14. C. VIII. 27.

hipoteca es un derecho real que afecta á la misma cosa, puede ejercitarle contra cualquiera poseedor de ella (1).

3.° Puede tambien empeñar la cosa afectada, ó mas bien el derecho de prenda y de hipoteca que tiene en ella, y esto es lo que se llama *subpignus* (2).

4.° Y último, si el deudor no paga en el tiempo determinado, el acreedor tiene el derecho de enagenar la cosa y pagarse con el precio de la misma (*jus distrahendi pignus*). En tanto que el acreedor no ha sido satisfecho (3), conserva el derecho de prenda y de hipoteca; y si bien es cierto que puede restringirse por convencion ó por testamento (4), tambien lo es que de modo alguno puede privársele de él (5). Por otra parte la ley prohibe, en el contrato de prenda y de hipoteca el pacto por el cual se establece, que en el caso de que el deudor no pague á el tiempo convenido, la propiedad de la cosa empeñada, pase á el acreedor (*ipso jure*), sin justiprecio ni estimacion de la misma, y sin que el deudor tenga el derecho de (*retroventa*) (*lex commissoria sive pactum comissorium*) (6).

§. 617. *De la venta de la prenda.*

En la venta que el acreedor hace de la cosa que tiene

(1) Fr. 16. §. 3. D. XX. 1.-C-14. C. VIII. 14.
(2) C. 1. C. VIII, 24.-fr. 13. § 2. D. XX. 1.
(3) C. 6. C. VIII, 28.
(4) Fr. 4, 5. D. XIII, 7.
(5) Esta es la razon por que es nula la convencion *ne omnino pignus distrahatur*, fr. 4. D. XIII, 7. El acreedor no puede ser obligado á vender la prenda, fr. 6. pr. D. XIII, 7.
(6) C. 3. C. VIII. 35. Antes de la constitucion 3 citada (de Constantino) era permitido respecto á la prenda el pacto comisorio, fr. 81. pr. D. XVIII, 1, fr. 16. §. 9. D. XX, 1. Paulo II, 13.

en prenda ó en hipoteca deben considerarse dos cosas, la *forma* de la venta y sus *efectos*; en cuanto á la forma, el acreedor puede vender la cosa sin la autorizacion judicial (1), limitándose á anuciarla públicamente, y á dar conocimiento de ello á su deudor. Debe ademas observar los términos de la ley que el derecho romano determina de la manera siguiente: 1.° cuando al constituirse la prenda ó la hipoteca se pactó expresamente, que el acreedor no siendo pagado al vencimiento de la deuda, pudiera vender la cosa (*si pactus est ut distrahatur pignus*, tiene el derecho de enagenarla inmediatamente (2): 2.° cuando no hay cláusula especial ó pacto que determine la venta de la cosa (*ne distrahatur pignus*), el acreedor segun las reglas del derecho antiguo, está obligado despues del vencimiento de la deuda á dar tres avisos al deudor antes de enagenarla (3). Justiniano mudó el antiguo derecho, y por su constitucion mandó que fuese suficiente citar una vez al deudor, y que despues de dos años el acreedor pudiese proceder á la venta (4): 3.° cuando no hay comprador de la cosa, ó si le hay no es por el precio justo, puede el acreedor solicitar de la autoridad le adjudique la propiedad de la misma por el valor que se estime en justicia; pero en este caso conserva el deudor por dos años el derecho de *retroventa* (5). La venta de la

(1) C. 4, 9. C. VIII, 28. Solo forma excepcion á esta regla el *pignus ex causa judicati captum* C. VIII, 23.
(2) §. 1. J. II, 8. C. 3. §. 1. C. VIII, 34.
(3) Paul, V. 1. fr. 4-5. D. XIII, 7.
(4) C. 3. §. 1. C. VIII, 34. Asi en el caso en que se haya convenido ne distrahatur pignus, se requieren aun tres avisos anteriores, y dos años despues el último.
(5) C. 3. §. 2.-6.C. VIII, 34, fr. 15. §. 3. D. XLII, 1. C. 2. C. VIII, 23.

empeñada ó hipotecada, con la forma y en los términos que marca la ley (1), produce los efectos siguientes: 1.° el acreedor puede exigir su total reintegro del precio de la venta; lo restante pertenece al deudor (2), ó al acreedor prendario ó hipotecario siguiente en órden (3); el deudor queda por el contrario obligado para con el acreedor por el resto, cuando el precio de la venta no cubre la deuda (4): 2.° si el deudor tenia la propiedad de la prenda vendida, pasa por tradicion al comprador (5), libre de todos los derechos de prenda y de hipoteca, pues que se extinguen por la enagenacion que el acreedor hace de la cosa gravada (6).

§. 618. II. *Del concurso de muchos acreedores prendarios ó hipotecarios.* A. *De la prioridad* (7). 1. *Regla general.*

Cuando muchos acreedores tienen un derecho de prenda ó de hipoteca sobre toda una cosa, ó sobre todo un patri-

(1) Cuando estas condiciones no se han observado, cuando el acreedor no tenia derecho de vender, ó cuando solo obraba por *dolo* (*dolose*) y para perjudicar al deudor, la venta es nula y sin efecto y el acreedor está obligado á la indemnizacion de daños y perjuicios. C. VIII, 30.
(2) Fr. 8. §. 5, fr. 24, §. 2, fr. 35. pr. fr. 42. D. XIII, 7, fr. 9. pr. D. XX, 5. C. 3. §. 4. C. VIII, 34.
(3) Fr. 12. §. 5, fr. 20. D. XX, 4.-C. 3. §. 4. C. VIII, 34.
(4) C. 3. §. 4. C. VIII, 34. C. 3, 9. C. VIII, 28.
(5) Porque el deudor no puede por la venta transferir al comprador otro derecho que el que él tenia; asi si él no tenia mas que la posesion de buena fe no puede transmitir la propiedad. Arg. fr. 54. D. L. 17.
(6) C. 13. C. VIII, 28. C. 1. C. VIII, 20. C. 6, 7. C. IV, 10.
(7) D. XX, 4. C. VIII, 18.

monio (1), y el precio de la venta no basta para pagarlos á todos íntegramente, ocurre la cuestion *de cual tiene preferencia sobre las demas*. Para decidir este caso es necesario tener presente la regla de derecho que establece, que el que primero es en el tiempo tiene mejor derecho (*qui prior est in tempore potior est jure*) (2). Esta regla tiene sin embargo las excepciones siguientes: 1.° cuando el acreedor empeña á otro la cosa que á él estaba empeñada ó hipotecada; el acreedor del acreedor es preferente (3): 2.° cuando la hipoteca posterior asegura un préstamo cuyo objeto fué la reparacion de la cosa hipotecada, obtiene la preferencia ésta sobre otra cualquiera anterior que no se constituyera para el mismo objeto (4): 3.° hay derechos de prenda y de hipoteca á quienes las leyes conceden el derecho de prelacion (*privilegium jus prœlationis*) sobre los demas, aun cuando sean anteriores. (§§. 619-620).

§. 620. II. *De las hipotecas privilegiadas.*

La ley concede privilegio á ciertas hipotecas *legales* y *convencionales*; entre las hipotecas legales de que se ha hecho mencion en los §§. 613 y 614, las siguientes son únicamente privilegiadas.

1.ª La del fisco por los impuestos (5) atrasados y por las

(1) Este caso no debe confundirse con aquel en que la misma cosa es empeñada á muchas personas en *comun*; cada uno no tiene entonces mas derecho que su parte y porcion.

(2) Fr. 11. pr. §. 1. fr. 12. §. 2. D. XX, 4. C. 8. C. VIII, 18.

(3) Fr. 13. §. 2. D. XX, 1.-C. 1. C. VIII, 24.

(4) Fr. 5, 6. D. XX, 4.

(5) C. 1. C. IV, 46. C. 3. C. VII, 73.

raciones ó víveres militares (1): los derechos del fisco sobre los bienes de aquellos que contraen con él, son, es cierto, igualmente privilegiados: pero este privilegio no perjudica á los acreedores hipotecarios anteriores del deudor, pues solo vale en concurrencia con acreedores, cuyos derechos tuvieron principio al mismo tiempo que el del fisco: este principio es aplicable, sobre todo, á bienes adquiridos por el deudor con posterioridad al contrato celebrado con aquel (2).

2.ª La hipoteca de la muger sobre los bienes del marido en garantía de su dote (3). Este privilegio introducido por Justiniano no se transmite como la hipoteca misma á los herederos de la muger, ni á sus descendientes, segun algunos equivocadamente han creido; tampoco gozan de él las personas que pueden pedir la restitucion de la dote; solo, pues, la muger que ejercita el remedio de restitucion, puede invocarle. Hay, sin embargo, una excepcion á esta regla, y es, cuando los hijos del primer matrimonio demandan la dote de su madre en concurrencia con la segunda muger del padre: la ley concede á aquellos contra esta, el *privilegium dotis* que tuvo su madre (4). La desposada, si no llega á efectuarse el matrimonio, no puede invocar este privilegio (5), pero se concede á las viudas (6).

(1) C. 3. C. XII, 63.

(2) Fr. 18. D. XLIX, 14. C. 2. C. VII, 73.

(3) C. 12. §. 1. C. VIII. 18. Nov. 97. C. 2.-3. Nov. 119. c. 1.

(4) §. 29, al final. J. IV. 6. C. 12. §. 1. C. VIII, 18. Nov. 91. c. 1.

(5) La razon es porque la hipoteca legal para la dote no comienza sino en la celebracion del matrimonio, y hasta este caso no puede haber cuestion de privilegio: los fr. 17.-§. 1. D. XLII, 5, y el fr. 74, D. XXIII, 3, solo hablan del antiguo privilegio personal *non exijendi* contra los acreedores no hipotecarios del marido.

(6) Arg. C. 8. C. 1. 9.

3.ª La hipoteca del pupilo en la cosa que con dinero suyo compró el tutor ó un tercero (1).

4.ª La hipoteca, en fin, que se concede á aquel que prestó dinero para la reparacion de una casa *restitutionem œdium*, cuando el dinero se invirtió en el objeto para que se dió (2). De *las hipotecas convencionales* son privilegiadas todas aquellas que tienen por base un crédito contraido con destino á la cosa hipotecada (*verssio in rem*). Efectivamente; siempre que por una deuda hipotecaria ha tenido lugar una (*verssio in rem apignoratam*), el derecho de hipoteca que la garantiza, es preferente, no solo á las demas hipotecas legales, sí que tambien á las convencionales; pero esta preferencia no se estiende á mas de la *verssio in rem* (3). Pertenecen en particular á estos casos.

(a) La hipoteca del que para la adquisicion de una cosa, construccion de una casa, su conservacion y mejora, equipo y armamento de un buque y adquisicion de una *militia*, dió dinero ú otras cosas, v. gr., materiales y servicios, y haya estipulado una hipoteca sobre la misma cosa; pero es necesario que se haya hecho esta estipulacion al tiempo de contraer el préstamo, y que el dinero se haya empleado en el objeto para que se dió (4).

(b) La hipoteca que el vendedor de un inmueble se reservó en la misma cosa hasta que fuese reintegrado del precio (5).

(1) Fr. 3. pr. D. XXVII, 9, fr. 7. pr. D. XX, 4. C. 6. C. VII, 8.
(2) Fr. 1. D. XX, 2, fr. 24, §. 1. D. XLII, 5, nov. 97, c. 3.
(3) Esto es lo que tiene lugar tambien en las hipotecas legales de esta especie de que hemos hablado antes.
(4) Fr. 5.-6.-21. §. 1. D. XX, 4. C. 7. C. VIII, 18. C. 17, 27. C. VIII, 14, nov. 53. c. 5.
(5) Arg. C. 7. C. VIII, 18.

§. 621. *De la preferencia de las hipotecas privilegiadas entre sí.*

Cuando concurren varias hipotecas privilegiadas ocupan la graduacion siguiente:

1.º El fisco por los impuestos públicos, y víveres militares, tiene preferencia sobre todas las demas hipotecas aun cuando sean anteriores en fecha (1).

2.º El que dió dinero para comprar una *milicia*, siempre que en un acto suscrito por testigos, se haya reservado la preferencia: faltando este acto se coloca despues de la muger (2).

3.º La muger por su dote es preferente á todos los acreedores privilegiados. Cuando concurren los derechos dotales de dos mugeres, la del primer matrimonio y sus hijos son preferentes á la segunda (3).

4.º Despues del fisco y la muger, vienen los acreedores privilejiados que prueban fue empleado su crédito en utilidad de la cosa hipotecada (4). Entre las hipotecas de este órden, la que es primera en el tiempo, es de mejor derecho, á no ser que la hipoteca posterior se haya dado en seguridad de un crédito contraido para preservar de su ruina á la cosa hipotecada (5). Respecto á la prueba de la antigüedad de las hipotecas por escrito, aquel que la constituyó por un acto público, ó por un acto privado, suscrito por

(1) C. 1. C. IV. 46. C. 4. C. VIII, 15. C. 3. C. XXII, 63.
(2) Nov. 97. C. 4.
(3) C. XII, §. 1. C. VIII, 18. nov. 91. c. 1. nov. 97. c. 3. nov. 109. c. 1. §. 29. J. IV. 6.
(4) Nov. 97. c. 3-4.
(5) Fr. 5. 6. D. 20-4.

tres testigos intachables, es preferente, á el que solo prueba la hizo privadamente, sin embargo, que ésta sea anterior á aquella (1).

5.° El fisco por sus derechos emanados de un contrato ordinario, ocupa el último lugar entre las hipotecas privilegiadas (§. 619).

§. 622. 3. *De las hipotecas no privilegiadas.*

Despues de las hipotecas privilegiadas, vienen las no privilegiadas, sin distinguir si son legales, convencionales, ó testamentarias.

Su prioridad se determina por las reglas siguientes: lo que primero decide es la antigüedad; la hipoteca anterior es preferente á la posterior (2). Cuando se trata de probar por actos, y hacer valer contra terceros la antigüedad de la hipoteca, es preferente aquel que prueba la suya, bien sea legal ó convencional, por un instrumento público (*ex instrumento público*), al que la prueba solo por un acto privado (3). Pero entre muchas hipotecas otorgadas por actos públicos, es preferente la que es primero en el tiempo (4): si son iguales en tiempo la preferencia está en favor del que posee la cosa (5); si la cosa no es poseida por ninguno, estando en igualdad de circunstancias los hipotecarios, concurren todos á prorata de sus créditos (6).

(1) C. 11. C. VIII, 18-Auth. Si quis vult. C ibid.
(2) Fr. 11. pr. D. XX, 4.-C. 8-C. VIII, 18, fr. 2; fr. 12. §. 2. 10. fr. 16. D. ibid.
(3) C. 11. C. VIII, 18-Auth. *Si quis vult* C. ibid.
(4) Nov. 91. cap. 1.
(5) Fr. 10. D. XX, 1.
(6) Fr. 16. §. 8. D. XX, 1.

§. 623. b. *De los derechos del acreedor anterior.*

El acreedor hipotecario que por cualquier motivo, es preferente á otro, tiene el derecho de ser pagado íntegramente de su crédito, sin reservar parte alguna del valor de la cosa empeñada para el que le sigue. Tambien puede, sin la autorizacion del siguiente proceder á la venta de la prenda ó hipoteca (1). No asi el acreedor de un órden posterior, que no puede, sin el permiso del que le precede, enagenar la cosa empeñada ni hipotecada, salvo el caso de estar éste completamente reintegrado (2).

§. 624. *Derechos del acreedor posterior.*

El acreedor de un órden posterior puede evitar la concurrencia del que le precede colocándose en su lugar y grado, lo que puede suceder: 1.° Por el consentimiento del acreedor preferente, que satisfecho por el posterior le cede á éste sus derechos, y su hipoteca (3); 2.° por consentimiento del acreedor cuando el acreedor posterior paga al preferente, con reserva de subrogarse los derechos de éste (4); ó cuando compra la cosa empeñada á un acreedor anterior, bajo de condicion que éste será pagado con el precio de la venta; en cuyo caso ocupa su lugar y grado, aun cuando no se haya convenido expresamente la subrogacion (5). Asi como un acreedor hipotecario puede, consin-

(1) C. 3. C. VIII, 20., fr. 12. §. 7. D. XX, 4. No puede sin embargo ser obligado á ello. fr. 6. pr. D. XIII, 7.
(2) C. 8. C. VIII, 18, fr. 15. §. 5. D. XLII, 1.
(3) Fr. 6. D. XVIII, 4-G. 7. C. IV, 39.
(4) Fr. D. XX, 3.-fr. 12. §. 8, 9. D. XX, 4 C. 1. VIII, 19.
(5) Fr. 3. §. 1. D. XX, 5. fr. 17. D. XX, 4. C. 3. C. VIII, 17.

tiéndolo el deudor ó el acreedor de un órden preferente, ser subrogado en los derechos de éste último, asi puede serlo tambien un acreedor guirográfario, ó cualquiera otra persona aunque no sea acreedor; 3.° todo acreedor hipotecario de un órden posterior tiene el derecho de pagar al acreedor preferente, aun sin su consentimiento, y sin el del deudor, quedando subrogado en los derechos de aquel por la suma pagada, ó depositada judicialmente, en caso que el acreedor reuse aceptarla (*jus oferendi et succedendi* (1); pero este derecho no pertenece mas que al acreedor hipotecario, de modo alguno al girografario, ni aun tercero (2). Lo que este derecho tiene de particular, es que la subrogacion en los derechos de un acreedor á quien se pagó tiene lugar *ipso jure*, sin necesidad de cesion, y sin distinguir si el acreedor posterior paga al que le es *inmediatamente* preferente ó no (3). Es claro que en este último caso, el que paga solo se subroga por la suma pagada al acreedor anterior, sin influir sobre los acreedores intermediarios (4). Ademas este *jus oferendi* puede ejercitarse por el acreedor de un órden muy posterior contra el que le ha ejercitado tambien (5), nada impide que el acreedor de un órden preferente le haga valer contra el posterior (6). Por otra

(1) C, 1, 5, 8. C. VIII, 18. fr. 11. §. 4; fr. 16. D. XX, 4.- fr. 5. pr. D. XX, 5. C. 22, C. VIII, 19.

(2) C. 10. C. VII, 18. El acreedor quirografario ó un tercero v. g. el fiador, tambien puede pagar el crédito hipotecario; pero para ser subrogado en sus derechos es necesaria la cesion á la cual no puede obligarle. C. 2. 14. C. VIII, 41.

(3) Véanse los pasages indicados en la nota anterior sobre todo el fr. 16. D. XX, 4.

(4) Fr. 16. D. XX, 1.

(5) Fr. 5. §. 1. D. XX, 5.

(6) Paul. *Sent. rec.* II. 13. §. 8. Este punto sin embargo es dudoso.

parte, concluye este derecho tan luego, como el acreedor vende la cosa á un tercero, llenando todas las formas de la ley (1), ó cuando la venta se reconoce legalmente y cuando los bienes de un deudor se sujetan á un concurso.

§. 625. III. *De las acciones que resultan de la prenda y de la hipoteca.*

Las acciones que nacen del derecho de prenda y de hipoteca son *petitorias* ó *posesorias*.

La accion petitoria que tiene por objeto hacer efectivo el derecho de prenda ó de hipoteca, es la *actio hipotecaria* (2).

Esta accion que no se concedió en un principio mas que al locador (*locator*) de un prédio rústico sobre los efectos propios del colono, y obligados por el contrato de arrendamiento al pago de la renta, se llamaba *actio serviana*; posteriormente se concedió por analogía como *actio cuasi serviana seu hipothecaria*, á todo acreedor hipotecario, y hoy se aplica lo mismo á la prenda que á la hipoteca (3).

2.° Ella se dirije contra cualquier poseedor de la cosa gravada, bien sea el mismo deudor, bien un tercero, excepto si la poseyera un acreedor, cuyo derecho sea preferente al que demanda (4). Cuando se intenta contra el deudor que empeñó la cosa al actor, ó contra sus herederos ó contra un

(1) Fr. 3. pr. D. XX, 5.-C. 1. C. VIII, 20.

(2) §. 7. J. IV, 6. Tambien se llama *pignoratitia in rem actio*, fr. 41. D. XIII, 7.-fr. 3, §. 3. D. X, 4.-fr. 7. §. 12. D. X, 3.- fr. 11. §. 10; fr. 19. D. XLIV, 2, ó *vindicatio pignoris*; fr. 16. §. 3. D. XX, 1.

(3) §. 7. J. IV. 6. C. 1. C. VI, 43.

(4) Fr. 12. pr.; §. 7. D. XX, 4.-C. 14, 18. C. VIII, 14.

tercer poseedor que trae su derecho de aquel, el actor se limita á probar la existencia de la deuda, y el hecho de la prenda ó de la hipoteca (1); pero ejercitándose contra un tercer poseedor, que no deriva su derecho del que la hipotecó al actor, debe éste probar ademas que su deudor al tiempo de constituir la prenda ó la hipoteca era dueño de la cosa, ó al menos podia empeñarla. Sino quiere ó no puede probar mas que la posesion de buena fé en aquel de quien él trae su derecho, la ley solo le concede para perseguir su hipoteca la accion *publiciana* (2).

3.° El objeto de la accion hipotecaria es probar la existencia de la prenda y de la hipoteca, y desapropiar de la misma al deudor para pagar al acreedor (3).

4.° Si el actor la intenta contra un tercer poseedor, éste tiene derecho de exigir que se persiga al deudor y á su fiador si lo hubiere *(beneficium excussionis personale)* (4), tambien puede librarse de la accion pagando al actor (5).

5.° Hipotecadas dos cosas, la una general, y la otra especialmente, el deudor puede exigir que el actor retenga desde luego la última *(beneficium excussionis reale)* (6).

---

(1) Fr. 21, §. 1. D. XX, 1.-fr. 13. §. 1. D. XVI.-fr. 30, §. 1. al fin D. XLIV, 2.-C. 10. C. IV, 24.-C. 15. C. VIII, 14.-C. 1. C. VIII, 35.

(2) Fr. 23. D. XXII. 3.-fr. 3. pr. fr. 18. D. XX, 1. Arg. fr 9. §. 4. D. VI, 2, fr. 14. D. XX, 4.

(3) Fr. 16. §. 3, 4, fr. 17. pr.; fr. 21. §. 3. D. XX, 1.

(4) Nov. 4. c. 2, que cambió el antiguo derecho de las C. 14, C. IV, 10. y C. 14, 24. C. VIII, 14. Nov. 112. c. 1.

(5) Fr. 16. §. 3. D. XX, 1.-fr. 12. §. 1. D. XX, 6.-C. 19. C. IV, 32.

(6) C. 9. C. VIII, 28.-C. 2. C. VIII, 14. Es cuestionable si el que consintió la hipoteca y otros acreedores hipotecarios pueden solos oponer esta excepcion, ó si puede invocarla tambien cualquier poseedor de la cosa.

6.° La accion dura contra el deudor y contra sus herederos cuarenta años; igual tiempo dura contra un tercer detentador que deriva su derecho de propiedad ó de hipoteca del deudor, siempre que viva éste, porque si ha muerto, dura treinta ó cuarenta años, segun que para completar su lapso de tiempo, quiere ó no que se le imputen los años de posesion que ha tenido viviendo el deudor; mas si el tercero no deriva su derecho del deudor, en este caso se extingue la accion contra él á los treinta años, á menos que se hubiera ya extinguido por su prescripcion (1).

Entre los medios posesorios que competen al acreedor prendario ó hipotecario se cuentan:

1.° Los interdictos ordinarios *retinendæ et recuperandæ possessionis* para protejer al acreedor en la posesion de la cosa empeñada; de cuyos interdictos solo puede usar el acreedor prendario, porque éste es el que tiene la verdadera posesion de la cosa (2).

2.° El interdicto *salvianum*, que es un *interdictum adispicendi possessionis*: en un principio este interdicto no se concedia, á imitacion de la *accion serviana*, mas que al arrendador de una heredad, para pedir la posesion de las cosas hipotecadas por el colono al tiempo de celebrar el contrato de arrendamiento, cuando éste no pagaba la renta en la época convenida (3). Posteriormente se concedió tambien por analogía, á todo acreedor hipotecario (*interdictum*

---

(1) C. 7. pr., §. 1, 2; C. 8. pr. C. VII, 39 combinados con las C. 1, 2. C. VII, 36.

(2) Fr. 1. §. 9. D. XLIII, 16.-fr. 16. D. XLI, 3.-fr. 3. §. 15. D. X, 4.

(3) Gajus IV, 147.-§. 3. J. IV, 15, y Theophilo ad h. l. fr. 1. pr. §. 1. D. XLIII, 33.

quasi salvianum) (1). El derecho antiguo le concedia contra cualquier poseedor de la cosa empeñada, pero el nuevo le limita al deudor que constituyó la prenda (2).

3.° El interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est* concedido á aquel que habiendo pedido al pretor le pusiera en posesion de los bienes, se le impedia injustamente tomar esta posesion: su objeto era demandar los daños y perjuicios causados por este impedimento (3).

TITULO IV.

DE LA EXTINCION DE LA PRENDA Y DE LA HIPOTECA.

§. 626. I. *En general.*

Generalmente el derecho de prenda y de hipoteca se extingue: 1.° cuando perece la cosa empeñada (4), ó cuando cambia de tal modo que no puede volver á su primer estado (5); 2.° cuando se confunden en una misma persona la propiedad de la cosa, y el derecho de prenda ó de hipoteca constituido en la misma, es decir, cuando el deudor se hace heredero del acreedor, ó cuando este se hace dueño

(1) C. 1. C. VIII, 9 comparado con el §. 7. J. IV, 6. Los autores no estan de acuerdo sobre este punto.

(2) Fr. 1. pr., §. 1. D. XLIII, 35.-C. 1. C. VIII, 9.

(3) D. XLIII, 4.

(4) Pr. 8. pr. D. XX, 6.-C. 25.-C. VIII, 14. El derecho de prenda ó de hipoteca renace con el restablecimiento de la cosa, fr. 29. §. 2 ; fr. 35, D. XX, 1.

(5) Fr. 18. §. 3. D. XIII, 7. Un simple cambio en la cosa no hace cesar el derecho de prenda y de hipoteca, fr. 16. §. 2. D. XX, 1.

de la cosa empeñada (1): 3.° cuando se concluye el tiempo porque fué concedido (2) : 4.° cuando ha sido constituido por aquel cuyo derecho era desde el principio revocable; concluye con la revocacion de este derecho (3): 5.° cuando el acreedor renuncia á él (4), á este se refiere el caso en que el acreedor acepta en lugar de la prenda, una caucion ó cualquiera otra garantía (5), y aquel en que defiere al juramento del deudor, que bajo de él afirma no estar la cosa empeñada (6). El acreedor renuncia tácitamente su derecho, entregando la prenda ó el acto constitutivo de la misma, sin ser reintegrado de su crédito (7), dando expresa autorizacion de venderla á otro (8), y cuando avisado con anterio-

(1) Fr. 29. D. XIII, 7, fr. 9. pr. D. XX, 6, fr. 30 §. 1 al fin D. XLIV, 2. El que compra una cosa empeñada á muchos, con condicion de que entrara en lugar del primer acreedor, á quien paga, puede hacer valer los derechos, que este último ejercitaba contra los acreedores posteriores; pero éstos tambien pueden ejercitar el *jus offerendi*, C. 3. C. VIII, 19. C. 1. C. VIII, 20, fr. 17. D. XX, 4. fr. 6. D. XX, 5.

(2) Fr. 6, pr. D. XX, 6.

(3) Fr. 3. D. ibid.-fr. 31 D. XX, 1.-fr. 4. §. 3. D. VIII, 2. Esta es la razon porque el *subpignus* se extingue con el derecho del primer acreedor. fr. 40. §. 2. D. XIII, 7. C. 1. C, VIII, 24.

(4) Fr. 8. §. 1. D. XX, 6.-Cod. VIII, 26.

(5) Fr. 5. §. 2, fr. 6. §. 2 ; fr. 14. D. XX, 6, fr. 9. §. 3. D. XIII, 7. Arg. C. 8. C. VIII, 42.

(6) Fr. 5. §. 3. D. XX, 6.

(7) C. 7. C. VIII. 26. fr. §. 1. D. XXXIV, 3.-fr. 3. D. II, 14.

(8) Fr. 4. §. 1; fr. 7. pr.; fr. 12. pr. D. XX, 6.-fr. 158. D. L, 17.-C. 2, 11. C. VIII, 26, fr. 4. §. 2; fr. 8. §. 16. D. XX, 6. Si la enagenacion no tuvo lugar continúan la prenda y la hipoteca, fr. 8. §. 6, fr. 10. pr. D. XX, 6.-Si el deudor vuelve á ser dueño de la cosa enagenada, renace el derecho de prenda ó de hipoteca, pero solo desde este tiempo C. 1. C. VIII, 26. El acreedor que consiente se constituya una segunda hipoteca no renuncia su derecho, sino es solamente su privilegio, fr. 9. §. 1; fr. 18. pr. D. XX, 6.-fr. 12. D. XX, 4.

ridad, no hace valer su derecho en el tiempo marcado (1).
6.° La prenda ó la hipoteca se extinguen luego que un tercero que no deriva su derecho del deudor, prescribe la cosa empeñada ó hipotecada (2).

§. 627. II. *Por la naturaleza del derecho.*

El derecho de prenda y de hipoteca se extingue segun su naturaleza particular:

1.° Por el pago íntegro de la deuda en cuya seguridad se habia constituido (3), ó por confundirse en una misma persona, la del acreedor y deudor (4).

---

(1) C. 6. C. VIII, 26.

(2) Fr. 12. D. XXLIV, 3. C. 1, 2. C. VII, 36-C. 19. C. VIII, 45.-C. 7. C. IV, 10. C. 8. pr. C. VII, 39. El deudor mismo ni sus herederos pueden extinguir por usucapion la prenda y la hipoteca, fr. 1. §. 2. D. XX, 1.-fr, 44. §. 5. D. XLI, 3.-C. 7. C. VIII, 14. La accion hipotecaria dura 40 años contra la usucapion. C. 7. §. C. VII, 39.

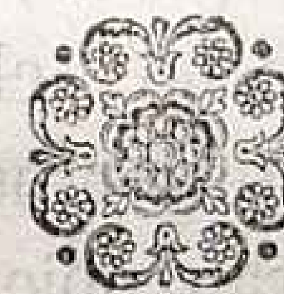
(3) Fr. 9. §. 3-5; fr. 13. pr. D. XIII, 7, fr. 6. pr. D. XX, 6. fr. 18, D. XLI, 2.-C. 3. C. VIII, 31. La extincion en parte de la obligacion, no produce la extincion parcial de la prenda ó de la hipoteca, que continúa porque es un derecho indivisible, fr. 9. §. 3. D. XIII, 7.-C. 2. C. VIII, 29; tambien subsiste aunque uno de los coherederos pague alguna parte de las deudas hereditarias, C. 1. C. VIII, 36.-C. 2. VIII, 32.-C. 16. C. VIII, 28. Tambien continúa el derecho de prenda y de hipoteca cuando á la accion intentada en pago se ha opuesto una excepcion que no destruye la deuda, sino es solamente la accion; de modo que esta subsiste como obligacion natural, y por consecuencia continúa la prenda ó la hipoteca, tal es el caso del *exc. Scti. Macedoniani*, tal es de la excepcion de prescripcion de la accion. C. 2. C. VIII, 31. Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota.

(4) Fr. 75; fr. 95. §. 2; fr. 107. D. XLVI, 3 comparado con el fr. 43 ibid.

2.° Por la venta de la prenda legalmente hecha por el acreedor (1). Particularmente, cuando el acreedor de un órden preferente vende la cosa empeñada ó hipotecada concluye el derecho de todos los acreedores posteriores (2); tambien cuando el heredero recibida la herencia á beneficio de inventario enagena las cosas que pertenecen á los bienes hereditarios, se extingen todos los derechos de prenda y de hipoteca consentidos sobre los mismos (3).

---

(1) Cód. VIII, 30.
(2) C. 1. C. VIII, 30.
(3) C. 22. §. 8. C. VI, 30.



LIBRO SEGUNDO.

DE LAS OBLIGACIONES.



§. 628. *Nocion y estension del derecho de obligacion.*

Generalmente, los derechos que se pueden tener son ó *reales*, abstraccion hecha de una persona determinada, y especialmente obligada, ó *personales* que se ejercitan contra personas determinadas y obligadas, independientes del actor que persigue, en su provecho, el cumplimiento de cierta prestacion. En el libro anterior hemos hablado de las primeras; y las segundas serán objeto de éste: pertenece al derecho de las obligaciones no solo las obligaciones propiamente dichas, sino es tambien las acciones reales y personales; efectivamente *toda* accion que supone la lesion de uno de nuestros derechos, se presenta siempre bajo una relacion obligatoria, es decir, como una demanda contra aquel que causó la lesion. Pero habiendo expuesto §§. 493, 499, los principios generales sobre las acciones explicando por el plan que hemos adoptado las acciones particulares al mismo tiempo, que las materias á que ellas se refieren (lo cual hemos hecho ya en el primer libro respecto las acciones reales), solo nos resta explicar en éste las obligaciones y las acciones personales que de las mismas derivan.

SECCION PRIMERA.

NOCIONES PRELIMINARES GENERALES.



CAPITULO PRIMERO.

IDEA Y DIVISION DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL.

§. 629. I. *Nocion de la obligacion.*

La obligacion (*obligatio*) es un vínculo de derecho entre dos personas determinadas, independientes entre sí, en virtud del que la una, el acreedor, tiene derecho á exigir que la otra, el deudor, haga ó preste alguna cosa *dare, facere præstare.* En este sentido *obligacion* significa no solamente el empeño del deudor, si que tambien el derecho de acreedor (1). El hecho que sirve de fundamento á este derecho y á esta deuda se llama igualmente *obligatio* (2), asi como el acto mismo (3).

(1) Pr. J. III, 13 (14) Obligatio est juris vinculum, quo necesitate adstringimur alicujus rei solvendæ, secundum nostræ civitatis jura; fr. 3. pr. D. XLIV, 7: Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut aliud nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel præstandum.

(2) F. 19. D. L. 16.-Contractus est ultro citroque obligatio.

(3) De aqui, obligationem repetere, concedere. C. 7. C. IV, 30. Con relacion á las cosas *obligatio* es el derecho de prenda y de hipo-

§. 630, 631, 632. II. *Division de las obligaciones.*

Con relacion á los sujetos que ejercitan la obligacion, puede aplicarse, ó bien á un solo acreedor y á un solo deudor; ó á muchos acreedores y muchos deudores. Esta última se divide en *obligatio pro rata sive in partem*, cuando cada uno de los acreedores solo tiene derecho á una parte del objeto, ó cada uno de los deudores está obligado solo al pago de las partes que le corresponde de la deuda, y en *obligatio in solidum, (obligatio correalis)* (1), cuando cada uno de los acreedores tiene el derecho de exigir la totalidad del crédito *(obligatio correalis activa)* (2), ó cuando cada uno de los deudores está obligado al pago de toda la deuda *(obligatio correalis passiva* (3): sin embargo, en el primer caso, si uno de los acreedores ha percibido todo el crédito, los otros nada tienen que demandar, asi como en el segundo caso si uno de los deudores pagó el todo, los demas quedan libres (4). La obligacion solidaria no se presume, antes bien descansa siempre sobre un fundamento particular que resulta, ya de la indivisibilidad del objeto (5), ya de una disposicion particular de la ley (1), ya de una convencion (2), ya de una disposicion testamentaria (3); ya en fin, en las obligaciones solidarias pasivas, tambien de un delito (4). Mas desde Adriano, los fiadores del mismo deudor principal gozan del *beneficium divisionis*, por el cual demandado uno de estos para el pago de toda la deuda, puede exigir que á los demas se les persiga por su parte (5). La novela 99 hace extensivo este beneficio á aquellos, que habiendo contraido una deuda, salen reciprocamente fiadores los unos de los otros; hoy se extiende á todos los deudores solidarios por contrato; pero el beneficio no tiene lugar cuando es dificil perseguir á los otros deudores, cuando son insolventes, ó cuando han renunciado expresamente á él (6).

Con relacion á su objeto, consiste una obligacion en dar, hacer, ó no hacer. En uno y otro caso puede dirigirse á uno ó á muchos objetos; si á muchos, se subdivide en *conjuntiva*, cuando todos los objetos deben prestarse para que el deudor quede libre, y en *alternativa* cuando basta prestar uno ú otro; en cuyo caso generalmente corresponde al deudor la eleccion (7). Esta regla se modifica por las excepciones siguientes: 1.ª cuando el deudor es moroso toca la elec-

teca.C. ún. C. VIII, 21.-fr. 11. §. 6, D. XIII, 7. C. C. 4. C. VIII, 17. C. 6. C. VIII, 26, el empeño de una cosa fr. 4. D. XX, 3. y el acto de empeñarla, fr. 28. D. XLVIII, 10.

(1) Inst. III, 16. (17)-Dig. XLV, 2. Cod. VIII, 40.

(2) Se llaman por derecho romano *duo sive plures rei stipulandi*, fr. 1. D. ibid. hoy *corci credendi.*

(3) El derecho romano les llama *duo sive plures rei promittendi* ó *correi promittendi*; fr. 3. §. 3. D. XXXIV, 3. Hoy se conocen por *correi debendi*

(4) §. 1, J. III, 16 17).-fr. 14. §. 15. D. IV, 2.

(5) Fr. 5. §. 15. D. XIII, 6.-fr. 17. D. VIII, 1.-fr. 192. D. L, 17. fr. 2. D. XLV, 1, fr, 1. §. 44. D. XVI; 1.

(1) Fr. 1. §. 25. D. XIV, 1.-§. 4. J. III, 4. (21). C. 3. C. VIII, 41. fr. 55. D. XXVI, 7. C. 2. C. V, 52.

(2) Pr. J. III, 16 (17), fr. 9. D. XLV, 2, fr. 47. D. XIX, 2.

(3) Fr. 9. pr. D. XLV, 2, fr. 8. §. 1. D. XXX.

(4) Fr. 11, §. 2. D. IX, 2.-fr. 13. §. 15; fr. 15. D. IV, 2. C. 1. C. IV, 8.

(5) Gajus III, 121, 122.-§. 4. J. III, 20. (21).

(6) §. 4. J. III, 20 (21) fr. 28. D. XLVI, 1, fr. 47. D. XIX 2. Nov. 99.

(7) Fr. 10. §. 6 al final. D. XXIII, 3. Cum illa aut illa res promititur rei electio est putram ræstet, fr. 138, §. 1 l. D. XLV, 1. fr. 34. §. 6. D. XVIII, 1.-fr. 75. §. 3. D. XXX.

cion al acreedor (1): 2.ª cuando al constituirse la obligacion el acreedor se reservó expresamente la eleccion. Si el acreedor ha elegido, é intenta su accion para que se le entregue uno de estos objetos, pierde el derecho de perseguir los demas, ora venza, ora sucumba en la demanda (2).

Con relacion á sus efectos, la obligacion es natural ó *civil. Obligatio naturalis*, entre los romanos es aquella que emana del derecho de gentes, y que en derecho civil no produce todos sus efectos (3). Esta obligacion en derecho romano produce por lo general el efecto de atenerse á su ejecucion, de manera que ni el deudor tiene accion para repetir lo que ha pagado, ni el acreedor para demandar su cumplimiento; solamente pues da un derecho de retencion, ó una excepcion, nunca una accion (4). Hay sin embargo algunas obligaciones naturales, que el derecho civil declara nulas *(obligationes reprobatæ)*; el deudor contra su voluntad no debe atenerse á su ejecucion voluntaria, y en este caso segun el lenguaje de derecho romano, deja de existir la obligacion natural *(ne quidem obligatio naturalis)* (5). *Obligatio civilis*, es generalmente aquella que en derecho romano produce todos sus efectos, y da lugar siempre á una accion. Estas obligaciones segun que traen su origen del derecho civil ó del derecho pretoriano, se dividen en *obligationes*

---

(1) Fr. 2. §. 2, 3. D. XIII. 4. fr. 57. pr. D. XLI, 3.
(2) Fr. 19. D. XXX, 1.-fr. 112. D. XLV, 1 fr. 9. §. 1 D. XIV, 4. fr. 4. §. 3. D. IX, 4, fr. 5. pr. D. XXX.
(3) Fr. 84. §. 1. D. L, 17.
(4) Fr. 19. pr. D. XII, 6.-fr. 10. D. XLIV, 7.-fr. 9. §. 4, 5; fr. 10. D. XIV, 6.-fr. 7. §. 4. D. II, 2. Igitur nuda pactio obligationem non parit sed parit exceptionem.
(5) V. g. fr. 16. §. 1. D. XVI, 1. C. 9. C. IV, 29. fr. 8. pr. D. II, 15. C. 3. C. III, 43. C. 3. C. VIII, 35.-fr. 4. pr. D. XII, 6.

civiles en el sentido extricto) y en *obligationes prætoriæ sive honorariæ* (1). Las primeras se subdividen á su vez (a) en *obligationes lejibus constitutæ*; es decir, aquellas que estrañas al derecho de gentes se fundaban únicamente en el derecho civil *(obligatio civilis)*, en el sentido mas extricto. Entre ellas se contaban particularmente las obligaciones *(extricti juri)* (§. 663). Aunque nulas é ineficaces segun el derecho de gentes, producian siempre accion en derecho civil; sin embargo, cuando la equidad lo exigia *(si iniqum foret reum condemnari)*, v. g. si la promesa fue arrancada por dolo ó por miedo, el pretor concedia una excepcion perpétua que destruia los efectos de la accion (2); (b) en *obligationes jure civili comprovatæ*, es decir, aquellas que teniendo su origen en el derecho de gentes, el derecho civil las recenoció y dió accion. A esta clase pertenecen todas aquellas que por derecho antiguo se contraian *consensu vel re*, y las que por derecho nuevo nacen *ex pactis legitimis* (§. 633).

CAPITULO II.

DE LA CESION DE LAS OBLIGACIONES.



§. 633. I. *Idea de la cesion.*

Consideradas las obligaciones como lazos ó vínculos de derecho entre personas *determinadas*, no pueden, segun su naturaleza, y sin el consentimiento del deudor, transmitirse

---

(1) §. J. III, 13 (14).-§. 3, 8.-11, J. IV, 6.-fr. 1. §. 8. D. III, 5.
(2) Gajus IV, 116, 117.-§. 1.-5 J. IV, 13.

por el acreedor á otra persona, de manera que se coloque en su lugar y grado. De aquí el principio de derecho romano que establece que las obligaciones no son transmisibles sino es por sucesion á título universal, de modo alguno por sucesion á título singular, ni por cesion. Asi, el acreedor què queria ceder en otro el beneficio de su accion, no podia hacerlo sino es transmitiéndole un poder para gestionar, y facultándole para que hiciera suyo el beneficio que resultára de la accion; lo que se llamaba *præstare sive mandare actiones*, y el que recibia este poder se llamaba procurator *in rem suam* (1); el cesionario quien por derecho antiguo no podia intentar la accion, sino es en nombre del verdadero acreedor, aunque posteriormente se le concedió poder intentarla en nombre propio como accion útil (2), y sus efectos eran tan eficaces ante la ley como los de aquella (3). Lo que en derecho antiguo se llamaba *mandare actiones*, se llama en derecho nuevo *cedere actiones*, y la cesion de la accion (*cessio actionis*), no es otra cosa que el poder que se da á otra persona para proseguir en su utilidad, y como suya propia, una obligacion que nos pertenece. La venta, el cambio, la donacion ó cualquiera otro título, puede servir de base á la cesion.

§. 634. II. *De los sujetos de la cesion.*

El que cede á otro una obligacion, se llama *cedens*:

(1) Fr. 3. §. 5. D. XV, 3. fr. 8. §. 5. D. XVII, 1. fr. 76, D. XLVI, 3. fr. 2. D. XVI, 3, fr. 31.-D. XIX, 1. fr. 7. D. XLIV. 7. C. 6. C. IV. 10.

(2) Fr. 16, pr. D. II, 14 fr. 76. D. XLVI, 3. C. 7, 8. C. IV. 39. C. 1.-2. C. IV. 10, C. 5.-C. IV. 15. C. 18. C. VI, 37.

(3) Fr. 47. §. 1. D. III, 5.

aquel á quien se cede, *cessionarius*, ó *procurator in rem suam*; y aquel contra quien se efectúa, *debitor cessus*. Una obligacion puede cederse generalmente á cualquiera persona, cuya regla sufre, sin embargo, las excepciones siguientes: 1.ª con dañado intento no puede hacerse la cesion en favor de personas que, por su poder y crédito pudieran facilmente vejar al deudor *(in potentiorem)* (1); cediéndose, prescribe, y decae la obligacion: 2.ª bajo igual pena de prescribirse la obligacion, no puede cederse ésta al que administra como tutor ó curador los bienes de una persona, y en perjuicio de la misma, ni durante, ni despues de la tutela ó curatela (2).

§. 635. III. *De los objetos de la cesion.*

Por regla general, todos los créditos y acciones, ya sean reales, ya personales que forman parte del patrimonio del cedente, pueden cederse. Las acciones *quæ vindictam spirant* (3), las criminales cuyo objeto es imponer una pena pública (4), y las populares no son objeto de la cesion (5). Tampoco pueden cederse las acciones desde el momento en que se ejercitan en justicia (6).

(1) C. 2. C. II, 14. Si no hay dolo, es válida la cesion.

(2) Nov. 72. C. 5.

(3) Véase el §. 497, fr. 28. D. XLVII, 10 fr. 7. §. 1. fr. 13. pr. D. ibi. fr. 6 al final D. XLVII, 12. Ni la *querellæ inoficiossi testamenti et inoficiossis donationis*, ni la *actio revocatoria donationis propter ingratitudinem*, pueden cederse

(4) Fr. 13. §. 1. D. XLVIII, 1. La accion en reparacion del daño, y en aplicacion de una pena privada, aun cuando nacen de delito pueden cederse, fr. 14, pr. D. XLVII, 2. fr. 31. pr. D. XIX, 1 fr. 38. §. 1. D. XLVI. 3. fr. 12. D. L, 16.

(5) Fr. 5. D. XLVII, 23.

(6) C. 2. 3. 4. C. VIII, 87.

§. 636. IV. *De las condiciones de la cesion.*

Ceder un crédito ó una accion es enagenarle; y esto solo puede hacerlo, el que puede disponer libremente de sus bienes. La cesion exige ademas el consentimiento del cedente. El que ha transferido á otro un derecho, ó ha adquirido algo para éste, tambien está obligado legalmente á ceder las acciones que corresponden á la cosa cedida ó adquirida. (1). La cesion puede tener efecto aun sin consentimiento del deudor (2).

§. 637. V. *De los efectos de la cesion.*

La cesion no produce cambio alguno en las relaciones del cedente para con el deudor: el cedente no pierde su derecho de crédito; antes bien puede perseguirle, en tanto que el cesionario no ejercita su accion, ó no ha denunciado la cesion al deudor (3); y en este caso debe dar al cesionario la utilidad que le produzca la accion (4). Intentando la accion despues que el cesionario haya comenzado á ejercitarla, ó despues que haya notificado la cesion al deudor, éste podrá rechazar á aquel con la excepcion de dolo (5).

La accion produce entre el cedente y cesionario los

(1) Fr. 31. pr. D. XIX, 1 fr. 14, pr. fr. 80. pr. D. XLVII, 2. C. 4. C. IV. 39, fr. 49. §. 2. D. XLI, 2. fr. 2. §. 5, D. X, 2. fr. 41. §. 1. D. XLVI. 1 fr. 76. D. XLVI. 3, C. 2-11.-14. C. VIII, 41.
(2) C. 3. C. IV. 39. El deudor puede oponerse á la division de un crédito cedido que le perjudica: arg. 27. §. 8. D. XVI.
(3) C. 3. C. IV. 35. C. 3. C. VIII, 42. C. 4. C. VIII, 17.
(4) Fr. 23. §. 1. D. XVIII, 4.
(5) Fr. 16. pr. D. II, 14. fr. 17. D. II, 15. C. 3. C. VIII, 42.

efectos siguientes: 1.º el cedente transfiere al cesionario no solo el derecho principal, sino es todas las accesorias (1): 2.º el cesionario se sujeta á todas excepciones que podrian oponerse al cedente (2): 3.º el cedente asegura al cesionario la verdadera existencia del crédito cedido, excepto cuando él le hizo donacion de éste; y en tanto es obligado á la solvencia del deudor en cuanto la aseguró, ó procedió de mala fé (3).

§. 638. VI. *Lex Anastassiana.*

El emperador Anastasio, para evitar que hombres codiciosos del lucro, ó deseosos de engañar á los deudores, compráran créditos, mandó que el que adquiriera una obligacion por menos precio de su verdadero valor, no pudiera exigir del deudor mas que lo que él habia pagado, y los intereses legales de esta suma. Justiniano renovó esta disposicion con mayor precision y claridad (4); y de una y otra combinadas nacen los principios siguientes: 1.º La ley de Anastasio no habla mas que de las obligaciones *compradas*; pero se aplica tambien á las en parte vendidas, y en parte donadas; porque de otro modo quedaria ilusorio el objeto de la ley: 2.º no se estiende mas que á las obligaciones que versan sobre dinero ó cosas fungibles: 3.º aun reuniendo estas dos condiciones, por via de excepcion, no es aplicable (*a*): en los casos de una cesion en pago (*in solutum*), cuando las partes no han tenido intencion de eludir la ley (*b*):

(1) Fr. 6. 23. D. XVIII, 4. C. 7. D. IV. 39.
(2) Fr, 4. §. 27.-31. D. XLIV. 4. C. 5. C. IV. 39.
(3) §. 4. 5. D. XVIII, 4 fr. 74. §. 3. D. XXI, 2.
(4) C. 22, 23. C. IV. 35.

cuando los coherederos y legatarios se ceden recíprocamente sus obligaciones para facilitar la division (c): cuando la cesion se hace por conservar y defender la posesion de una cosa que garantiza una obligacion, v. g.: si un acreedor prendario ó hipotecario de un órden posterior paga á alguno de los que le preceden para colocarse en su lugar y grado, cuando la obligacion es indeterminada é incierta al tiempo de cederse; finalmente cuando se cede una universalidad de créditos *universitas nominum*: 4.° invocando el deudor contra el cesionario la ley de Anastasio, extingue en beneficio del deudor el resto de la obligacion no pagada, y disminuye ésta en tanto cuanto importa este resto (1); de donde se deduce que el cesionario debe siempre aprobar el pago de la obligacion cedida, puesto que él no puede exigir del deudor mas que la cuota de su pago, y que este hecho sirve de base á su accion.

CAPITULO III.

DEL DAÑO Y DE LOS INTERESES.



§. 639. I. *Nocion del daño.*

Una obligacion muy frecuentemente tiene desde su principio daños é intereses por objeto, y toda obligacion se

(1) Segun las palabras expresas de la c. 23, §. 1 citado. Omne quod superflum est et per figuratam donationem translatum inutile ex utraque parte esse censemus; et neque ei qui cessit actiones neque ei qui eas suscipere curavit aliquid lucri vel fieri, vel remanere, vel aliquam contra debitorem, vel res ad eum pertinentes esse utrique eorum actionem.

resuelve al fin en una demanda de daños é intereses, cuando por falta del deudor, no se ha prestado ni podido cumplir el objeto primitivo de aquella. El daño (*damnum*), es generalmente toda pérdida que alguno experimenta *damnum factum sive datum*, ó al menos teme sentir en sus bienes *damnum metuendum sive in fectum* (1). El daño es *positivo* (*damnum emergens*), ó simplemente (*damnum* en el verdadero sentido de la palabra), cuando por él se ha disminuido efectivamente nuestro patrimonio (2); *negativo* (*lucrum cessans sive lucrum interceptum*), cuando nos impide tener ganancia (3). Tambien se llaman en derecho romano las dos especies de daños *id quod interest* (4), aunque esta expresion no designa ordinariamente, sino es aquello que ademas del precio de la cosa dañada ó destruida, se debe en indemnizacion del daño (*quantî ea res est*) (5); muchas veces solo designa el daño positivo (6). La obligacion de reparar el daño que alguno ha sufrido, se llama *præstatio damni*.

§. 640. II. *De la causa del daño.*

El daño puede nacer:

1.° Del caso fortuito, (*casus*).

2.° De un hecho ó de una omision voluntaria del hombre: si el hecho es ocasionado por el que sufre el daño,

(1) Fr. 2. D. XXIX, 2.
(2) Fr. 3. D. ibid.
(3) Fr. 2. §. 11. D. XLIII, 8.
(4) Fr. 21, 22, 23. D. IX, 2 fr. 3. pr. D. XLI, 8. C. VII, 47.
(5) Fr. 179, 193. D. L, 16. fr. 1. pr. D. XIX, 1 fr. 8. D. XII, 3. Algunas veces se entiende tambien por las palabras quanti ea res est, el interes, fr. 4. §. 7. D. XXXIX, 2.
(6) Fr. 203. D. L, 17.

debe aplicarse la regla *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur sentire* (1); pero si el daño es producido por otra persona distinta de la que lo siente, se ha de distinguir si nace de un hecho lícito, en cuyo caso tiene aplicacion la regla *qui jure suo utitur neminem lœdit* (2); ó si el hecho ó la omision era *ilícita* ó *ilegal*, en cuyo caso produce tambien la obligacion de repararle, si es imputable á su autor (*dolus*, *culpa*, *mora*). Finalmente el daño puede venir.

3.º Tanto de un hecho ó de una omision voluntaria, como de un caso fortuito, sin el cual no hubiera acontecido (*casus mistus*), y entonces se atiende mas al hecho ó á la omision que al caso (3).

§. 641. A. *Del caso fortuito* (*casus*).

El caso fortuito (*casus*) es todo acontecimiento nocivo que el hombre no puede, preveer ó que al menos no le es dado evitar (4); por esta razon se llama tambien en derecho romano *vis major*, *vis divina*, *vis naturalis factum* (5). El daño que la fuerza mayor puede hacernos temer se llama *riesgo* y *peligro*, (*periculum*) (6). El caso fortuito ha de

(1) Fr. 203. D. L. 17.
(2) Fr. 151, 155, §. 1. D. ibid.
(3) Fr. 1. §. 4. D. XLIV, 7.
(4) Fr. 1. §. 4. D. XLIV, 7; fr. 15. §. 2, fr. 59. D. XIX, 2, fr. 2. §. 7. D. L. 8.-fr. 24. §. 4. D. XXXIX, 2, fr. 3. §. 1. D. IV, 9.
(5) V. g. fr. 25. §. 6, fr. 33; fr. 59. D. XIX, 2.-fr. 11. §. 5. D. IV. 4.-fr. 24. §. 4. D. XXXIX, 2.
(6) Fr. 9. §. últ.; fr. 11. pr. D. XII, 1.-fr. X. §. 14; fr. 10. §. 1. D. XIII, 6. D. XVIII, 6.

mirarse por el que le sufre, generalmente, como una desgracia, y nadie está obligado á su reparacion (*præstare damnum*) (1), á menos que se haya pactado (2), ó que exista alguna otra causa de obligar; v. gr. cuando le ocasionó alguien por su culpa (3), ó que por una disposicion particular de la ley el que le produjo, venga obligado á la indemnizacion (4).

§. 642. B. *Del dolo y de la culpa.* 1. *Nocion.*

Por *culpa* entre los romanos, se entendia todo aquello que nosotros llamamos *falta*; por consecuencia culpa era toda ilegalidad imputable sin distinguir si nace de un *hecho* (*facto*) ó de una *omision* (*omissione*), si de la voluntad del que obra, ó de negligencia ó descuido. Tomada en la acepcion general la idea de culpa comprende tambien la del dolo (5). El dolo, y la culpa convienen en que los dos emanan de hechos, ó de omisiones ilícitas, que causan un perjuicio á otro; y asi reciprocamente toda accion ú omision ilícita es, en este sentido, una falta. Sin embargo, por regla general, la omision de un hecho constituye un atentado á los derechos de otro, y por consecuencia no es una falta; en el caso solamente en que un motivo particular nos obligue á

(1) Fr. 23 al fin, fr. 185. D. L. 17. C. 6. C. IV, 24.
(2) Fr. 7. §. 15. D. II, 14, fr. 1. §. 35. D. XVI, 3.-fr. 9. §. 2. fr. 13, §. 5. D. XIX, 2.
(3) Fr. 1. §. 4. D. XLIV, 7.-§. 2. J. III, 14 (15).-fr. 14. §. 1. D. XVI, 3.-fr. 5. §. 4, 7. D. XIII, 6.-fr. 11, §. 1. D. XIX, 2. fr. 23, 82. §. 1. D. XLV, 1.
(4) V. g. en el caso de *noxa et pauperies*. J. IV, 8. 9. D. IX, 1.
(5) Fr. 5. §. 1. D. IX, 2.-fr. 15. §. 46. D. XLVII, 10.-C. 11. §. 1. C. V, 17.-C. 11. C. VII, 32.

librar á otro de un daño, es en el que debemos hacer cuanto conduzca á evitarle. Por esta omision, obrando en contradiccion con los derechos de otro, cometemos una falta. En el sentido técnico de la palabra el derecho romano distingue entre *dolus, culpa lata, culpa, et omisio diligentiæ*, segun que en toda ilegalidad se considera la intencion del actor, ó segun que el daño descansa sobre un hecho, ó sobre una omision. Las ideas de dolo y de culpa tomadas en su sentido extricto se determinan de la manera siguiente: 1.° el dolo es toda operacion fraudulenta hecha con intento de dañar á otro por codicia, maldad y generalmente con una intencion culpable *(decipiendi causa lucri animo, malitia)* (1). 2.° La falta grave *(culpa lata, latior sive dolo proxima)* es una *omision* premeditada de hechos que estamos obligados á ejecutar (2) para evitar á otro un daño. Ademas, esta omision que constituye la falta grave se considera tal, cuando con designio, causamos á otro un mal, por un hecho ilícito, aunque sea sin dañada intencion, v. g., por humorada, ligereza ú orgullo (3); ó cuando sin querer producir un mal, no obramos con la prevision de un hombre razonable, y reflexivo *dissoluta negligentia nimia securitas* (4); cuando no administramos los bienes agenos con el cuidado y diligencia que los nuestros propios (5). En ambos casos, el que obra es considerado como si hubiera querido dañar. 3.° La simple falta, es el daño ilícito, que contra nuestra voluntad,

---

(1) Fr. 1. §. 2. D. IV, 3.-fr. 2. §. 5. D. XLIV, 4.

(2) C. 2. C. V, 55. C. 2. C. V, 51. C. 2. C. V, 75.

(3) Fr. 7. pr. D. XVI. 3; fr. 7. §. 7. D. IV, 3.-fr. 8. §. 10, D. XXVII, 1.

(4) Fr. 30. §. 3. D. IX, 2,-fr. 29. pr. D. XVII, 1.-fr. 213, §. 2; fr. 223. pr. D. L, 16.

(5) Fr. 32. D. XVI, 3.-fr. 22. §. 3. D. XXX, 1.

causamos á otro por un hecho positivo, nacido de la inadvertencia ó irreflexion, sin considerar el grado de descuido que no debe ser de tal naturaleza que constituya culpa grave (1). 4.° y último: la diligencia (*diligentia*) es la obligacion de evitar el daño de cualquiera modo que sea posible: la omision de los hechos que podrian ocasionarla se llama cuando no es hecha con intento; pero previene de negligencia, *omissio diligentiæ negligentia*, *dessidia* (2). La *custodia* es una especie particular de la *diligencia*, y se entiende por ella, el cuidado que debemos poner en la conservacion de la cosa agena, y comprende tambien, la obligacion de evitar que aquella no se nos quite secretamente ó se usucapa (3).

§. 643. *de la prestacion de la culpa.*

La prestacion del daño por hechos (*præstatio culpæ*), causado por hechos ú omisiones que nacen de una falta, da lugar á las reglas siguientes:

A. Cuando la cosa en que recae ó se comete la culpa no

---

(1) La palabra *culpa* se toma en este sentido cuando se opone al *dolo* y la *diligencia*. C. 11. C. IV, 35.-fr. 8. §. 3. D. XLIII, 26. fr. 11. D. III, 5, fr. 23. D. L, 17.-fr. 5. §. 2. D. XIII, 6, fr. 1. pr. D, XXVII, 3. Por esta razon no hay diferencia entre *culpa*, *culpa omnis*, *culpa levis*, *culpa levissima*, fr. 44. D. IX, 2, fr. 18, pr. D. XIII, 6, fr. 25. §. 7. D. XIX, 2, fr. 13. §. 1, fr. 14. D. XIII. 7.-§. 4, J. III, 14 (15). C. 19. C. VIII, 14.

(2) V. g. §. 2, 4. J. III, 14 (15).-fr. 1. §. 4. D. XLV, 7.-§. 1. J, III, 27 (28). No hay diferencia entre *exacta et exactíssima diligentia*, entre *diligens et diligentissimus pater familias*. Asi cuando la ley dice: *diligentiam præstare debet*, *quam in suis rebus*, *restringe* la *diligentia* en general. V. g. fr, 17. pr. D. XXIII, 3. C. 11. C. V. 14.

(3) §. 18. J. IV, 1.-§. 3. J. III, 23 (24).

es objeto de una obligacion entre el dueño de ésta y el que cometió aquella, es necesario examinar si el daño resulta de una omision ó de un hecho; en el primer caso, el que le produce, no está obligado á indemnizar; en el segundo ha de distinguirse: si el que cometió la falta sabia que la cosa era de otro, está obligado á reparar todo el daño causado por su propio hecho, sin consideracion á la manera ó grado de su falta (1); si por el contrario ignoraba que la cosa fuese agena, antes bien creia pertenecerle, no está obligado á la indemnizacion, ni aun de aquello que es el resultado de un hecho, en tanto que no haya sido demandado, y no se muestre como parte (2); pero desde que se intentó la accion, es responsable de todo el daño que se infiera á la cosa, bien por un hecho perjudicial, bien por una omision (3).

B. Cuando la cosa es objeto de una obligacion entre dos personas, se distingue el dolo, la culpa grave y la simple falta. El daño ocasionado por el dolo, debe siempre repararse (4), y aunque no es permitido pactar con anterioridad la liberacion del dolo *ne dolo præstetur* (5), el que le ha sufrido puede, sin embargo, ya comprometerse en recibir un tanto por indemnizacion, ya remitir la obligacion en que el que lo causó estaba constituido (6). La falta grave es

(1) Fr. 44 pr. D. IV 2. Se exceptúan los casos de urgente necesidad, v. g.; fr. 49, §. 1. D. ibid.-fr. 3, §. 7. D. XLVII, 9.
(2) Fr. 31. §. 3. D. V, 3. Rem enim *quasi suam neglexit.*
(3) Fr. 20, §. 11; fr. 25, §. 7. D. ibid quoniam post litem contestatam omnes incipiundæ malæ fidei possessores esse.
(4) Fr. 59. §. 1. D. XVII, 1. C. 4. C. IV, 10. D. XXXIX, 5.
(5) Fr. 27. §. 3, 4. D. II, 14.-fr. 1, §. 7. D. XVI, 3.-fr. 17, pr. D. XIII 6.-fr. 23. D. 17.-fr. 11. §. últ. D. XIX, 1.
(6) Fr. 27, §. 3; fr. 7, §. 14. D. II, 14; fr. 5, §. 7. D. XXVI, 7.

aqui considerada como dolo, y debe siempre prestarse, aunque la ley no habla mas que de aquel (1). La simple falta, la *dilijentia* y la *custodia*, ó son regladas por las convenciones de las partes, y entonces ha de estarse á lo pactado, si no es contrario á la ley (2), ó no lo son, en cuyo caso es preciso recurrir á las disposiciones legales (3), muy diversas en esta materia y de las que nos ocuparemos cada vez que sea necesario. Basta indicar aqui dos reglas generales; cuando de un contrato resulta interés para ambas partes, una y otra mútuamente son responsables de todo el daño (4): cuando el que debe prestar la *diligencia* se halla en el caso de no poder cuidar mas que de sus propios negocios ó de los de otro, está obligado á atender á estos últimos (5).

C. Siempre que se intenta una accion en demanda del daño causado, el que está obligado á prestar todo el interés, no debe por regla general indemnizar al perjudicado del lucro que debió tener, escepto el caso de que esta pérdida haya sido consecuencia inmediata de un hecho ilícito ageno (6).

§. 644. III. *Del modo de probar la culpa.*

Cuando alguien está obligado á reparar el daño produ-

(1) Fr. 1. §. 1. D. XVI.-6: lata culpa plane dolo comparabitur, fr. 29. pr. D. XVII, 1. fr. 32. D. XVI, 3. fr. 28. D. L, 16.
(2) Fr. 11, §. 1. D. XIX, 1. fr. 1. §. 10 D. XVI, 3, v. gr fr. 6. D. XXIII, 4.
(3) Fr. 23, D. L, 17.
(4) Fr. 5. §. 2. fr. 18. pr. D. XIII, 6, §. 4. J. III, 14, 15.
(5) Fr. 5. §. 4. D. XIII. 6.
(6) §. 10. J. IV, 3. fr. 29, §. 3. fr. 23. §. 2. D. IX, 2. fr. 11. D. X, 4.

cido por una omision ó hecho ilícito, ha de distinguirse el caso en que debe prestarse *la diligencia* y la *custodia*, del en que solo deben prestarse el dolo, la culpa grave, y la culpa leve; en aquel ha de probarse que se empleó todo el cuidado posible, y que el daño resulta de un caso fortuito é inevitable (1); en éste el que exige la reparacion del daño, debe probar la accion ilícita (2), ó la omision; y si se funda en el dolo ó culpa grave, puede exigir se le admita el juramento para acreditar el valor ó la estimacion (*juramentum in litem*); es decir, puede fijar éste en metálico, ó confirmarle por medio del juramento, y reembolsarse del daño sentido, y de los intereses (*id quod interest*); tambien puede exigir aquello en que estimaba la cosa, ó sea el precio de afeccion de la misma, quedando al arbitrio del juez moderar estas pretensiones (3).

§. 645. C. *Dilacion.*—1. *Nocion y especies de la dilacion.*

Por *dilacion* se entiende el retardo ó falta de cumplimiento de la obligacion en que estamos constituidos (4); hay dilacion por parte del *deudor* (*mora solvendi*), cuando no cumple su obligacion en el término que se fijó. 1.ª: por la toma de posesion ilícita de una cosa (5), en cuyo caso el deudor cae en mora desde el momento en que tomó posesion, y continúa hasta la restitucion de la cosa (*mora ex re*):

(1) Fr. 9. §. 4. D. XIX, 2. C. 5. C. IV. 24. fr. 1. §. 13. D. XXVII, 8, fr. 11. D. XXXII, 3. fr. 11. D. XVIII, 6.
(2) Fr. XVIII, §. 1. D. XXII, 3.
(3) D. XII, 3, cód. V. 33. El juramento *zenoniano* es una especie de juramento *in litem*. C. 9. C. VIII, 4.
(4) Tambien se llama *frustratio* fr. 37. D. XVII, 1. Despues cesatio ó dilatio fr. 17. pr. fr. 21. D. ibid.
(5) Fr. 8. §. 1. D. XIII, 1: semper enim moram fur facere videtur: fr. 20. D. ibid.

2.ª cuando llega el dia del pago sin haberse éste verificado (*mora ex persona*): hay dilacion de derecho, luego que espira el término fijado por la ley, por contrato, ó por testamento, sin necesidad de que el acreedor interpele á su deudor (*dies interpelat pro homine*) (1); pero si el término no se ha fijado, aquella no comienza hasta el dia de la interpelacion (2). Hay dilacion par parte del acreedor (*mora accipiendi*), cuando rehusa aceptar las ofertas válidas, que le hace el deudor (3), cuando no quiere manifestar los plazos, ó vencimientos del crédito (4), y cuando no se encuentran en el lugar y sitio marcados y convenidos para recibir el pago (5). Para constituir al deudor y al acreedor en mora, no es necesario que el uno ó el otro caiga en falta (6); la morosidad y sus consecuencias perjudiciales tienen lugar cuando depende de él, y no de su adversario que la cosa no se haya prestado ó recibido al tiempo que se fijó (7), á no ser que el que cae en mora, pueda hacer valer una causa particular que justifique su falta (8).

(1) Fr. 5. D. XII, 1. fr. 114, D. XLVI, 1. fr. 47. D. XIX, 1. fr. 5. pr. D. L, 10.-C. 12. C. VIII, 38.
(2) Fr. 32, pr. D. XXII, 1.
(3) Fr. 72, pr. D. XLVI, 3. fr. 73, §. 2. fr. 122. pr. D. XLV, 1. fr. 35. D. L, 17. C. 6. C. IV, 32.
(4) C. 4. C. V. 56.
(5) Fr. 18. pr. D. XIII, 5.
(6) Sin embargo que la mayor parte de los autores piensan de distinto modo. Véanse fr. 3. §. 4. D. XIX, 1. fr. 137. §. 4. D. XLV, 1. fr. 18, pr. D. XIII, 5.
(7) De aqui: cum per te steterit, cum per te mora fuit, cum per te factum fuit, quo minus etc. fr. 21. §. 3. D. XIX, 1.-fr. últ. D. XVIII, 6.-fr. 5. D. XII, 1. fr. 135, §. 2. D, XLV. 1. Estas espresiones comprenden tambien la imposibilidad fortuita del deudor y del acreedor.
(8) V. gr.; fr. 7, fr. 21.-23. pr. D. XXII, 1.-fr. 73, 137, §. 2. -4. D. XLV, 1.-fr. 6. D. XLIV, 4.-fr. 161. D. L, 17.-fr. 17. §. 3.

§. 646. 2. *Efectos de la dilacion ó morosidad.*

El deudor, por su morosidad, hace que continúe la existencia de la deuda (1), y está obligado á indemnizar al acreedor por los frutos percibidos desde el momento en que se constituyó en mora, pagar los intereses, y prestar *omne quod interest* (2). Tambien es responsable desde el momento en que difirió el pago de su obligacion del daño causado fortuitamente (3), en todos los casos en que la dilacion es *ex re* (4), y cuando hay dilacion *ex persona*, si no puede probar que la cosa hubiera perecido igualmente en manos del acreedor (5): finalmente, está obligado á satisfacer la pena convenida para el caso de dilacion (6).

El acreedor por su morosidad libra al deudor de las consecuencias perjudiciales de la dilacion (7), y no le obliga mas

---

D. XXII, 1.-fr. 18, §. 1. D. XVIII, 6.-C. 24. C. VIII, 45. Generalmente este punto depende de la prudencia del juez. Fr. 32. pr. D. XXII, 1. fr. 91. §. 3. D. XCV, 1.

(1) Fr. 91. §. 3. D. XLV, 1. fr. 24, §. 2. D. XXII, 1, fr. 137. §. 2. D. L, 17.

(2) Fr. 8. §. 6. D. XLIII, 26. Ubi moram quis fecit omnem causam debebit constituere, fr. 17. §. 1. D. VI, 1.-fr. 19. D. XVIII, 6.-fr. 3. pr. fr. 17. §. 3, 4; fr. 32. §. 2. fr. 34, fr. 41, pr. D. XXII, 1.-fr. 14. D. XXIII, 3.-fr. 5. D. XIX, 1.

(3) Fr. 82. §. 1. D. XLV, 1.-fr. 39. §. 1. fr. 108. §. 11. D. XXX.-fr. 14. D. XXIII, 3.-fr. 5. D. XII, 1.-C. últ. C. IV, 7.

(4) Fr. 8. §. 1. fr. 16. fr. 20. D. XIII, 1.-fr. 40 pr. D. V. 3. fr. 50. pr. D. XLVII, 2.-C. 9. C. VI. 2.-C. 2. C. IV. 8.

(5) Fr, 14. §. 1. D. XVI, 3.-fr. 40. pr. D. V. 3.-fr. 15. §. 3. D. VI, 1.-fr. 12. §. 4. D. X, 4.-fr. 47. §. 6. D. XXX.

(6) Fr. 33. pr. D. VI, 8. fr. 47. D. XIX, 1. fr. 23. D. XLV, 1.

(7) Fr. 1. D. XXII, 1.-fr. 39, 161. D. L, 17. Si antes de la dilacion del deudor el acreedor debia intereses por cualquiera otra causa, y queria que cesáran éstos, está obligado á consignar judicialmente la suma: la sola oferta no basta; fr. 7. D. XXII, 1. C. 6.-9. C. IV, 32.

que á la prestacion del dolo (1), queda responsable de los riesgos y peligros que sobrevengan á la cosa, á los cuales estaba obligado el deudor, y esto se entiende, ya consista el objeto de la deuda en una especie, en un género, ó en una cantidad (2). En fin, cuando la dilacion es comun á las dos partes, si es *simultánea*, se compensa *compensatio moræ*, es decir, quedan las cosas como si ninguna de las partes hubiera caido en falta (3); pero si la dilacion no es *simultánea*, esto es, si el acreedor y el deudor no caen á un mismo tiempo en falta, la primera se destruye por la segunda, que no produce perjuicio, sino es á aquel que se constituyó posteriormente en ella (*posterior mora nocet*); conservando, sin embargo, los derechos adquiridos por la dilacion que él hizo cesar (4); las acciones sobre dilacion deben intentarse á la vez que la accion principal (5).

§. 647. 3. *Fin de la dilacion.*

La dilacion cesa (*mora purgatur*).

1.° De parte del deudor por la promesa que hace de cumplir su obligacion mientras que la cosa exista (6), ó por un nuevo término que el acreedor le conceda (7).

---

(1) Fr. 5, 17. D. XVIII, 6.-fr. 9. D. XXIV, 3.

(2) Fr. 105. D. XLV, 1.-fr. 72. pr. D. XLVI. 3.

(3) Fr. 17. D. XVIII, 6. fr. 51. pr. D. XIX, 1.-Arg. fr. 39. D. XXIV. 3.-fr. 3. §. 3. D. II, 10.-fr. 36. D. VI, 3.

(4) Fr. 17. D. XVIII, 6.-fr. 37. D. XVII, 1.-fr. 7. D. XXII, 1. -fr. 51. §. 1. D. XIX, 1.-fr. 26. D, XXIV, 3.-fr. 91 §. 3. fr. 135. §. 2. D. XVL, 1.

(5) Fr. 49. §. 1. D. XIX, 1.-C. 4. C. IV. 34.-C. 13. 26. pr. C. IV, 32.

(6) Fr. 73. §. 2. fr. 81. §. 3. D. XLV, 1.

(7) Fr. 8. pr. D. XLVI, 2.

2.° De parte del acreedor concluye la dilacion declarando éste aceptará las ofertas, y demandando á este fin, al deudor el cumplimiento de su obligacion (1).

3.° La dilacion del deudor y del acreedor concluye por la extincion de la deuda, ya se verifique ésta por pago, ya por novacion, ó de cualquier otro modo (2).

§. 648. III. *De los intereses.*—A. *Nocion.*

Ademas de la prestacion de la cosa principal las obligaciones presentan muy frecuentemente intereses (3). El *capital* es la suma de numerario, ó la cantidad de cosas fungibles, que constituyen el principal objeto de una obligacion; lo que ademas de esta suma debe el deudor en objetos de la misma naturaleza y por razon del uso que ha hecho del capital ó por la privacion de gozarle en que se constituyó el acreedor se llama *interés (usuræ fœnus)* (4). Los intereses suponen, pues, siempre un capital con el cual cesan, y cuya existencia ha de probarse; porque el pago de los intereses aunque sea durante mucho tiempo no forma presuncion alguna en favor de la existencia de la deuda principal (5).

---

(1) Fr. 7 in fine. D. XXII, 1.
(2) Fr. 14. pr. fr. 15. fr. 31. pr. D. XLVI, 2.
(3) Paul. II, 14.-D. XXII, 1. Cod. IV, 32.-V. 56.-IV, 54.-Nov. 32, 33, 34, 121, 138.
(4) Fr. 17. §. 3. D. XXII, 1. fr. 13, §. 20. D. XIX, 1. Tambien se prestan intereses por las cosas fungibles, que no son numerario, como aceite, trigo, &c., y se llaman (*aditamentum*. C. 23. C. IV, 32.
(5) Hay autores que por el contenido del fr. 6. XXII, 1 piensan de otro modo.

§. 649. B. *Causa de los intereses.*

La obligacion de pagar intereses supone siempre una causa particular, que puede venir:

1.° De la ley (*usuræ legales*): esta causa puede fundarse en una disposicion general (*in juri communi*), ó de una disposicion particular introducida en favor del acreedor, (*in jure singulari*). En el primer caso se halla aquel que en utilidad suya emplea el numerario de otro; quien no solamente está obligado á la restitucion, sino es al pago de intereses desde el momento que lo empleó (1): el comprador de una cosa, que no la adquirió á crédito ni satisfizo el precio de la compra, está obligado á pagar los intereses de éste desde el momento de la tradiccion (2), aun cuando por retener el precio no cayera en mora (3). En el segundo caso se halla el deudor de un menor quien está obligado á pagar los intereses de la suma no satisfecha; aun cuando no haya el caido en mora (4).

2.° De un hecho que obliga al pago de los intereses; este hecho puede ser, ó una convencion, *(usuræ conventionales)* (5), ó un hecho unilateral lícito, v. g. una promesa (6), ó un testamento *(usuræ testamentariæ)* (7), ó ilícito. A

---

(1) Fr. 19. §. 4. D. III, 5.-fr. 12, §. 9. D. XVII, 1.-fr. 6. D. XII, 1.
(2) Fr. 13. §. 20. D. XIX, 1-fr. 18, §. 1. D. XXII, 1.-C. 5. C. IV, 49. C. 2. C. IV, 32. Fragm. vat., § 2.
(3) V. g. si detiene por haber sido adeudo de eviccion ú otra causa justa, pero se libra de los intereses consignando judicialmente el precio; fr. 7. D. XXII. 1. C. 6, 9, C. IV, 32.
(4) Fr. 87. §. 1. D. XXXI.-C. 3. C. II, 41.-C. 5. C. IV, 49.
(5) C. 4. C. IV, 32.
(6) Fr. 10. D. L, 12.
(7) Fr. 3. §. 6. XXXIII.

los hechos ilícitos pertenecen particularmente: la morosidad del deudor, *usuræ ex mora)*; el caso en que alguno priva ilicitamente á otro del uso de su numerario (1); el caso en que alguno emplea injustamente el dinero ageno en su propio uso (2), y el en que por negligencia el administrador de bienes agenos no coloca á intereses los capitales que administra (3).

Finalmente, debe advertirse aqui, que el pago de intereses continuado por muchos años hace presumir la existencia de una causa legal, que lo justifica (4), y que el que recibe anticipadamente, y por cierto tiempo el pago de los intereses, no puede durante aquel exigir el capital (5).

§. 650. C. *Tasa del interés.*

Los intereses convencionales se fijan ó determinan por los mismos contratos; en los demas casos por la ley. El derecho romano estableció, que las personas ilustres, y de un rango superior pudieran convenirse á pagar un *cuatro por ciento* de las sumas recibidas, los negociantes y fabricantes un *ocho por ciento*; todas las demas personas *un seis* (6). Los intereses legales, y los que se devengaban por la morosidad,

(1) Fr. 24. D. XVI, 3.-fr. 1. §. 1. D. XII, 1.-fr. 8. §. 1; fr. 20, D. XIII, 7: *fur enim semper moram facere videtur.*
(2) Fr. 28. D. XVI, 3.fr. 1. §. 1. D. XXII, 1; fr. 7. §. 10, 12, D. XXVI, 7.-fr. 38. D. III, 5.-fr. 10. §. 3. D. XVII, 1.
(3) Fr. 19, §. 4. D. III, 5.-fr. 7. §. 3; fr. 10; fr. 15, fr. 58. §. 1. D. XXVI, 7.
(4) F. 6. D. XXII, 1.
(5) Fr. 67. D. II, 14.-fr. 12. §. 6. D. XLIV, 4.
(6) C. 26. §. 1. C. IV, 32.

consistian generalmente en un *seis por ciento* (1), en algunos casos en *tres ó cuatro por ciento* (2), y en otros hasta *doce por ciento* (3). Con respecto á intereses tienen aplicacion las reglas siguientes:

1.° No pueden exigirse intereses que excedan del capital, *(usuræ ultra alterum tantum)* (4).

2.° No es permitido percibir intereses de intereses; *(anatossismus)*, ya se aumenten al capital *(anatossismus conjectus)*, ya se consideren como un capital distinto, *(anatossismus separatus)* (5).

El anatosismo existe, cuando el mismo deudor paga al mismo acreedor los intereses de los intereses que le adeuda, asi, pues, no hay anatosismo, cuando un acreedor presta á un tercero como capital los intereses que recibe de su deudor, ó cuando paga los intereses de los intereses que otro debe (6). Todos los actos que se hagan en contravencion á las prohibiciones expuestas, son nulos, y dan lugar al delito de usura (7). Lo que se prometió ademas, ó mas claro, contra la ley no debe pagarse; si se ha pagado ha de distin-

(1) C. 26 ibid.
(2) 4 %: C. 31. §. 2. C. V, 12.-C. ún. §. 7. C, V, 13.-Nov. 2. c. 4.-Nov. 22. c. 44. § 4, 7, 8.-Nov. 34. C. 1.-3 %: C. 12, pr. C. III, 31.
(3) C. 23, 26. §. 1. IV, 32.-C. 2, 3, C. VII, 54.-C. 4. C. VIII, 10. fr. 54. D. XXVI, 7. fr. 38. D. III, 5.
(4) C. 10. C. IV, 32. C. 27. §. 1. C. ibid.-fr. 26. §. 1. D. XII, 6. Leyes posteriores. C. 20, 30. C. ibid. Nov. 131, 138 ampliaron este principio á los intereses pagados sucesivamente.
(5) C. 28. C. ibid.
(6) Asi se explican los fragmentos los fr. 7. §. 12; fr. 9. §. 4. D. XXVI, 7.
(7) Fr. 9. pr. D. XXII, 1. C. 13. C. IV, 32.-fr. 44. D. XXII, 1. fr. 13. §. 26. D. XIX, 1.

guirse, si el deudor tiene el capital ó no; si lo tiene, disminuye *ipso jure* en tanto cuanto se ha pagado demas por intereses; sino, lo que se pagó indebidamente puede repetirse por la *condictio indebiti* (1).

§. 651. D. *Del inter-usurium.*

La rebaja ó descuento *(inter-usurium commudum medii temporis sive representationis)* es diferente de los intereses. Por descuento ó rebaja se entiende, la bonificacion que el deudor puede solicitar, cuando con consentimiento de su acreedor, paga antes del vencimiento una deuda que no devengaba intereses (2). Es cuestionable saber porque principio debe calcularse esta bonificacion, cuando las partes no la fijaron al contraer; sin embargo, son muchas las razones alegadas para sostener que el deudor debe pagar una suma, que, unida á los intereses ordinarios calculados hasta el dia del vencimiento de la deuda, equivalga al capital.

SECCION SEGUNDA.

CAUSAS DE DONDE DERIVAN LAS OBLIGACIONES.

§. 652. *Nocion general.*

Una obligacion que produce accion puede nacer:

1.° *De las convenciones (contractus, pacta).*

2.° *De las acciones ilícitas y de los delitos (delicto maleficia).*

---

(1) C. 18, 26, §. 1. C. IV, 32.-fr. 26. §. 1, 2. D. XII, 6.

(2) Fr. 1. §. 10. XXXV, 2.-fr. 24, §. 2. D. XXIV, 3.-fr. 10, §. 12. fr. 17, §. 2. D. XLII, 8.

3.° *De otras diversas causas (variæ causarum figuræ)* á las cuales pertenecen las obligaciones que nacen de los cuasi contratos y cuasi delitos; *(quasi ex contractu, quasi ex delicto* (1).

CAPITULO PRIMERO.

OBLIGACIONES QUE NACEN DE LAS OBLIGACIONES.

§. 653. I. *Idea de la convencion.*

La convencion *(pactum, conventio)* es generalmente el concurso de la voluntad de dos ó mas personas sobre un vínculo de derecho que debe nacer entre ellas (2). Las convenciones, pues, pueden dar origen ó fin á los derechos de familia, y á los que recaen sobre los bienes de cualquiera especie que sean (3). Aqui solo se trata de las convenciones que *producen obligacion*: en ellas intervienen por lo menos dos personas, independientes la una de la otra, y de las cuales la una promete dar una cosa determinada á otra que la acepta (4). La aceptacion sigue ordinariamente á la promesa, aunque tambien puede precederla como demanda (5).

---

(1) Fr. 1 pr. D. XLIV, 7. Obligationes aut ex *contractu* nascuntur aut ex *maleficio*, aut propio quodam jure ex *variis causarum figuris.*-§. 2. J. III, 13 (14). Obligationes aut ex *contractu* sunt, aut quasi *contractu*, aut ex *maleficio*, aut *quasi ex maleficio.* Gajus III, 88.

(2) Fr. 1, §. 1. D. II, 14.

(3) Excepto el derecho de sucesion cuyo fundamento por derecho romano no puede ser una convencion.

(4) Fr. 6. §. 2, 3, D. II, 14. fr. 3. pr. D. L, 12.

(5) Vr. g. rogabit Titius spopondit Mævius, fr. 7. §. 12. D. II, 14.

§. 654. II. a. *De las promesas.*

Las promesas que difieren de las convenciones son: 1.° las promesas que se hacen preliminarmente sobre el objeto de una convencion y sus condiciones: estas promesas en general no son obligatorias sino hasta despues de concluida la convencion (1): 2.° la *policitacion* ó promesa no aceptada (2), que no obliga al que la hace, á excepcion de ser en beneficio del Estado ó de alguna ciudad, en cuyo caso no solo obliga al promitente sino es á su heredero, con tal que haya contraido por alguna causa particular, que posteriormente haya tenido efecto; faltando esta causa particular no se obliga, á menos que la obligacion no haya empezado á cumplirse (3).

§. 654. b. III. *Del voto.*

El voto (*votum*) es la promesa de cierta prestacion hecha por piedad, con un fin religioso. El voto era obligatorio, por derecho romano, para el que lo hacia, y para su heredero, si se pronunció exteriormente. Por derecho canónico, considerándole como promesa hecha á Dios, el voto es obligatorio desde que se hace interiormente (4); pero por uno y otro derecho se requiere para su validez que re-

(1) Tambien se pueden redactar por escrito con antelacion las condiciones de un contrato. C. 17. C. IV, 21.

(2) Fr. 3. pr. D. L. 12.

(3) Fr. 1. §. 1, 2. fr. 3. pr. fr. 6. pr. fr. 9, fr. 14. D. L. 14. No es necesario para que la policitacion sea válida que los promitentes esten presentes.

(4) Fr. 2. D. L, 2. c. 1, 3. C. XVII, qu. 1. C. C- 3, 6, X, 3, 34.-c. 18, X, 3, 39.

caiga sobre un objeto lícito, y que se haga libremente por una persona capaz de obligarse (1).

§. 655. IV. *Condiciones de la convencion.*

Toda convencion, por la cual uno se obliga para con otro á darle ó prestarle cierta cosa, es un acto jurídico. Los principios generales expuestos (§§. 459-479) se aplican tambien á las convenciones; la convencion, sin embargo, exige particularmente el *concurso voluntario* de ambas partes, ó sea el *consentimiento* recíproco de los contrayentes (2). Asi el que no puede consentir, tampoco puede contratar; y el que necesita para un acto jurídico de la autorizacion del tutor ó del consentimiento del curador, no puede sin este consentimiento y sin aquella autorizacion concluir una convencion.

§. 656.-659. *Causas que vician el consentimiento.*

El consentimiento de las partes contratantes debe ser libre y verdadero. A las causas que le vician, pertenecen: 1.° El *dolo*. Cuando las dos partes han convenido recíprocamente por dolo, se compensa sin consideracion al daño que de él resulta, y no se puede, ni pedir la ejecucion del contrato, ni la indemnizacion del daño (3). Si solo una de las partes ha obrado dolosamente para con la otra, ha

(1) C. 1, 5, 10, 12, 13, 15. C. XII, qu. 4. c. 1. X. 1, 40.-c. 14. C. XXXII, qu. 2.

(2) Fr. 1. §. 2, 3, D. II, 14.-fr. 3. pr. D. L, 12.

(3) Fr. 36. D. IV, 3.-fr. 3, §. 3. D. II, 10.-fr. 154. pr. D. L, 17.

de examinarse si el dolo es *principal* ó *incidental* al contrato (*causam dans vel incidens*); en el primer caso, se puede demandar la nulidad de aquel (1); en el segundo, el que sufre por razon del *dolo*, tiene derecho á exigir el daño sentido, y los intereses (2). Finalmente, el dolo cometido por un tercero, da derecho á la parte perjudicada, cuando no tiene otra accion, á la *actio doli*, contra aquel que usó de dolo (3), y contra la parte con quien contrató á demandar los daños é intereses, en tanto cuanto por consecuencia del dolo ésta se haya enriquecido (4).

2.° La *violencia* ó *fuerza*, ejercida por aquel que la ha cometido, produce los mismos efectos que el dolo (5); pero cuando viene de un tercero, no anula el acto, siempre que aquel á quien se habia prometido, tuviera conocimiento de ello (6): no teniéndole, se distingue si el contrato estaba ya consumado ó no; en el primer caso el contrato es válido, y el promitente no tiene recurso que ejercitar contra el que usó la violencia (7); en el segundo puede oponer si se le demanda el cumplimiento del contrato la excepcion *quod metus causa* (8).

3.° El *error*. Si recae sobre una condicion *esencial*, vicia el contrato (9). Asi sucede cuando recae sobre la *cosa* que

(1) Fr. 7, pr. D. IV, 8.-fr. 3, §. D. XVII, 2.-fr. 11, §. 5. D. XIX, 1. C-5, 8. C. IV, 44.
(2) Fr. 13. §. 4. D. XIX, 1.-fr. 32. D. ibid.-fr. 45. D. XVIII, 1.
(3) Fr. 1. §. 8; fr. 2.-8; fr. 9, §. 1; fr. 19, fr. 40. D. IV, 3.
(4) Fr. 18, §. 3. D. ibid.
(5) Fr. 116. pr. D. L, 17.-fr. 21, §. 1, 3. D. IV, 2.-C. 1; C. IV, 44. C. 11, 12, C. II, 20.
(6) C, 5. C. II, 20.
(7) Fr. 14, §. 3. D. IV, 2.
(8) Fr. 4, §. 33. D. XLIV, 4.
(9) Fr. 57. D. XLIV, 7.

es objeto del contrato, ó sobre sus cualidades esenciales (1), ó sobre la *especie* de contrato (2), ó sobre la *persona de los contratantes*; pero acerca de estas últimas, solo en el caso de que el contrato se haya celebrado por consideracion á las mismas, como sucede en la donacion que se hace por razon de la persona (3); tambien es esencial el error que se comete sobre el *precio*, cuando el que ha de satisfacerle, ofrece menos que el que el otro creia recibir (4). Cuando el error cae sobre cosas *accesorias*, por regla general, solo produce accion para repetir los daños, sin afectar á la validez del contrato (5). El error sobre las causas que determinaron á las partes contrayentes, cuando no forman una condicion expresa del contrato, ó cuando alguna de aquellas consintió, porque se creia legalmente obligada á contraer (6), no influyen nada sobre el mismo contrato.

4.° La *simulacion*. Si las dos partes han incurrido en ella (7), no hay contrato (8); pero si ocultan un contrato

(1) Fr. 137, §, 1. D. XLIV, 1, §. 9, pr. §. 2, fr. 14; fr. 15; pr fr. 16; pr. fr. 22; fr. 23; fr. 57. pr. D. VIII, 1.
(2) Fr. 57. D. XLIV, 7, fr. 18, pr. §. 1. D. XII, 1.-fr. 36. D. XLI, 1.
(3) Arg. fr. 9. pr. D. XXVIII, 5.-fr. 72. §, 6. D. XXXV, 1. C. 4. C. VI, 24.
(4) Fr. 9. pr. D. XVIII, 1, fr. 52. D. XIX, 2. Arg. fr. 1. §. 4; fr, 83. §. 1. D. XLV, 1.
(5) V. g.; fr. 40. §. 2. D. XVIII, 1. fr. 34, pr. fr. 57, pr. D. ibid. fr. 43. D. XIX, 1.
(6) Fr. 58. D. XVIII, 1.-fr. 5. §. 1. D. XIX, 1.
(7) Si una de las dos partes solamente procede con simulacion, ó un tercero con perjuicio de los contrayentes se aplican á la simulacion las mismas reglas que al dolo, fr. 7, §. 9. D. II, 14.-fr. 49. pr, D. XIX, 1.
(8) Fr. 55. D. XVIII, 1. Nuda et imaginaria venditio pro non facta est.-fr. 3. §. 2; fr. 55. D. XLIV, 7. C. 21. C. II, 4.

bajo las apariencias de otro, ha de apreciarse el acto por los principios del contrato verdadero (1), y este es válido, á menos que no se oponga á las leyes (2).

§. 660. IV. *Modos del contrato.*

El contrato, como todo acto jurídico, puede concluirse pura y simplemente, á término, condicionalmente, bajo de un modo; y los efectos de estas cosas accidentales se determinan por los principios generales (§§. 471-473). Pero estos modos se refieren algunas veces á una cosa imposible; la condicion afirmativa, ya sea física, ya moralmente imposible, anula el contrato (3): la condicion negativa, si es físicamente imposible, se tiene como no *puesta* (4); si lo es moralmente, anula la convencion; v. g., como cuando hace que se *le prometa* alguna cosa, bajo condicion de no ejecutar una accion infame (5); pero produce sus efectos, cuando se contrata bajo la condicion de no dejar ejecutar una accion ilícita (6); la condicion física, ó moralmente imposible, se tiene como no puesta (7).

§. 661. V. *Efectos de los contratos.*

Los contratos, por regla general, obligan á las personas

(1) Plus valet quod agitur quam quod simulatæ concipitur. Cod. IV, 22.-fr. 36, 38. D. XVIII, 1.
(2) V. g. fr. 5. §. 5; fr. 7, §. 6.-fr. 22. §. 24, 25. D. XIV, 1.
(3) §. 11. J. III, 19 (20.)-fr. 1. §. 11.- fr. 31. D. XLIV, 7.-fr. 26. fr. 35. §. D. XLV, 1.
(4) §. 11, al final. J. citada.-fr. 7. D. XLV, 1.
(5) Fr. 7. §. 3; fr. 27. §. 3, 4. D. II, 14.-fr. 123. D. XLV, 1.
(6) Fr. 50, II, 14.-fr. 121, §. 1. D. XLV, 1.
(7) Fr. 18. D. XXXIII, 2.-fr. 37. D. XXXV, 1.-C. 8. C. IV, 6.

contratantes, y á sus herederos, pero no á un tercero (1). Esta regla sufre algunas excepciones; los efectos de un contrato obligan algunas veces á las personas que contraen sin pasar á sus herederos, ya porque asi lo exija la naturaleza del contrato, ya porque se haya convenido expresamente (2): un tercero tambien puede, por causas particulares, quedar obligado por el contrato que otros hicieron; asi sucede, cuando aquel se concluyó en nombre de éste y para él (3); cuando el tercero, y uno de los contrayentes se consideran como una sola persona (4), ó cuando el objeto del contrato cede en beneficio del tercero (5).

§. 662. VI. *Especies de contratos.*

Los contratos que producen accion, son generalmente, ó *principales*, que existen por sí mismos, ó *accesorios*, que se refieren á aquellos. Estos últimos pueden modificar la naturaleza general del contrato principal (§§. 718-719). Tambien pueden tener por objeto la seguridad de los derechos que resultan del contrato principal (§§. 720-727).

(1) Inter alios acta, aliis non nocent. Cod. VII, 60.-fr. 74. D. L, 17.-C. 25, C. II, 3. C. 13. C. VIII, 38.-fr. 59, 143, D. L. 17, fr. 52, §. 1. D. II, 14. Los derechos que nacen de las convenciones condicionales, se transmiten tambien á los herederos. fr. 8. pr. D. XVIII, 6.-fr. 57. D. XLV, 1, §. 4. J. III, 15, (16.) §. 25. J. III, 19, (20).
(2) El primero de estos casos sucede en los contratos en que se trata de la capacidad y confianza de las personas; el segundo puede resultar de las palabras del contrato. V. g.; fr. 52, §. 3. D. II, 14.
(3) Fr. 12, 14, 15. D. ibid,
(4) Inst. II, 9; III, 28, 29.-§. 4 al fin. J. III, 19, 20.-C. I, 5. C. V. 39.
(5) §. 4. J. IV, 7. D. XV, 3.-C. 3. C. IV, 26.

La validez de los contratos accesorios está subordinada á la existencia y á los efectos del principal, y con éste subsisten ó caen (1). Los contratos se dividen tambien en obligatorios para una parte, v. g.; las donaciones, ó *recíprocamente* para las dos, v. g., la venta, el arrendamiento, aquellos se llaman *unilaterales*, éstos *bilaterales* ó *sinalagmáticos*: en cuanto á los *bilaterales* deben observarse las reglas siguientes:

1.ª Producen solo una accion para exijir su cumplimiento, y ninguno de los contrayentes puede separarse del contrato, aun cuando el otro no le haya cumplido por su parte (2); excepto el caso de haberse pactado asi expresamente (3), ó de haberse reservado alguno de los contrayentes este derecho (4), ó de que por la demora del deudor, la ejecucion del contrato no produjera utilidad alguna al acreedor (5): 2.ª la prestacion de una parte se subordina á la de la otra. Asi, pues, para pedir alguna el cumplimiento del contrato, debe haber cumplido la obligacion que tenia, ó manifestar estar pronto á cumplirla; pues de lo contrario el demandado podrá oponer al actor la excepcion de *non impleti contractus*, y éste probar la habia cumplido (6).

§. 663. *Contractus et pacta.*

La division mas importante de los contratos era, segun

(1) Fr. 16, pr.; fr. 32, fr. 46, D. XLVI, 1, fr. 2. D. XX, 3.- fr. 6. pr. D. XX, 6: fr. 9; fr. 13, pr. D. XIII, 17.-C. 1, 2. C. VIII, 33.
(2) C. 5. C. IV, 10.-C. 3. C. IV, 44.-C. 17. C. II, 4.-C. 2. C. IV, 45.
(3) Fr. 51, §. 1. D. XIX, 1.-Dig. XVIII, 3. Cód. IV, 54.
(4) Fr. 35, pr. D. XVIII, 1.
(5) C. 6. C. IV, 54.
(6) Fr. 13, §. 8; fr. 25. D. XIX, 1. C. 21. C. II, 3.

el derecho romano, la de *contratos* y *pactos* (*contractus pacta*): los primeros eran aquellos que, segun el derecho romano antiguo, producian una *obligatio* y una *actio* (*quæ habent causam civilem*) (1), Las demas convenciones se llamaban *pactos*. Los pactos eran obligatorios moralmente; pero no producian mas que una obligacion natural, de la que nacia un derecho de retencion y una excepcion, pero nunca una accion (2); posteriormente se dió á algunos pactos accion, y con esto la misma fuerza y los mismos efectos que á los contratos. Para que un contrato produjera obligacion, el derecho romano exijia generalmente, se hubiera celebrado bajo una forma exterior: esta forma era de dos especies, verbal (*verbis contrahitur obligatio*), y *literal* (*literis contrahitur obligatio*). Toda convencion celebrada con una de estas dos formas, era obligatoria civilmente, y producia accion. La *causa civilis* se fundaba mas bien en la forma del contrato, que en la verdadera voluntad de los contrayentes; los contratos en que debia precisamente estarse á la forma, eran los *stricti juris* (3). Esta regla, sin embargo, sufria algunas excepciones; pues ya en los tiempos mas antiguos se conocieron contratos libres de toda forma. Tales eran: 1.º las obligaciones (*obligationes quæ solo consensu contrahuntur*), que eran obligatorias, y producian accion con solo el consentimiento de los contrayentes: 2.º las *obligationes quæ re contrahuntur*, cuya *causa obligationis* consistia en que uno de los contrayentes habia ya dado ó prestado á otro una cosa que éste debia devolver, ó por la cual debia

(1) Fr. 7, pr. §. 1.-4. D. II, 14.
(2) Fr. pr. fr. 7, §. 4. D. ibid.
(3) Respecto á la difecencia entre las *obligationes et actiones stricti juris et bonæ fidei*: véase §. 497.

á su vez dar ó prestar otra (1). Estos contratos sin forma eran, excepto el *mutuum*, *contractus bonæ fidei*: 3.° Los pactos á que por excepcion se les habia dado accion, y eran los *pacta bonæ fidei*, *adjecta*, *pacta lejitima*, y *pacta prætoria*.

TITULO I.

DE LOS CONTRATOS.



§. 664. *Causa obligationum ex contractu.*

El derecho romano distingue cuatro especies de contratos, que nacen del fundamento de la accion civil que éstos producen: *obligationes quæ sunt ex contractu, aut consensu conrahuntur*, *aut re*, *aut verbis*, *aut literis* (2).

I. OBLIGATIONES QUÆ CONSENSU CONTRAHUNTUR.

§. 665. *Nocion y especies.*

Los contratos que para ser obligatorios, y producir accion solo exigían el consentimiento de los contrayentes, y en los que la obligacion se contraia *consensu*, eran: el *contrato de venta*, el de *arrendamiento*, el de *enfitéusis*, la *sociedad* y el *mandato* (3); los modernos llaman á estos *contratos consensuales*.

(1) §. 2. I. II, 13, (14).-fr. 52. D. XLIV, 7. Gajus III, 89.
(2) Gajus III, 89.-§. 2. J. III, 13 (14.)-fr. 52. D. XLIV, 7.
(3) Gajus III, 135-137. Inst. III, 22, 23.

§. 666. I. *Del contrato de venta.* A.—*Nocion.*

La venta *(emptio et venditio)* es un contrato por el cual una de las partes promete entregar á otra alguna cosa por cierto precio convenido. La primera se llama vendedor *(venditor)* la segunda comprador *(emptor)* (1).

§. 667. B. *Objeto de la venta.*

La cosa que se vende y el precio que se paga son los objetos del contrato de venta.

La cosa debe estar en el comercio y á disposicion del vendedor (2). De aqui es que pueden venderse las cosas corporales y las incorporales; los derechos reales y los créditos (3), las cosas particulares y universales (4); finalmente las presentes y las futuras. Cuando el lucro de estas últimas depende de un caso fortuito, como en la pesca, ó es incierto, como en los frutos que vendrán, ha de examinarse la condicion ó modo con que se ha celebrado el contrato, esto es, si los contrayentes han convenido en que el precio se fije con presencia del importe del lucro, ó si le fijan pura y simple-

(1) Gajus III, 139. 141.-Paul. II, 17. Inst. III, 23 (24) D. XVIII, 1, 6. XIX, 1. Cod. Just. IV, 38, 40, 44, 54,-*Frag. Vaticana* tit. Ex empto et vendito.
(2) Fr. 34. §. 1. D. XVIII, 1. Sin embargo la venta de la cosa agena produce una obligacion entre los contrayentes, fr. 28. D, ibid.
(3) V. g. las *servidumbres* fr. 80. §. 1. D. ibid; un *crédito* D. XVIII, 4.-Cod. IV, 39.
(4) V. gr, Una *sucesion*. Dig. XVIII, 4. Cod. IV, 39.

mente. En el primer caso hay *emptio rei speratæ*; en el segundo, como las partes deben referirse al porvenir, *emptio spei* (1).

El precio de la compra ha de consistir en una cantidad de numerario, relativa ó absolutamente determinada *certum* (2); ha de ser verdadero, *verum* (3), y estar en justa proporcion con el valor de la cosa, *justum* (4).

§. 668. C. *¿Cuando es perfecto el contrato de compra y venta?*

El contrato de compra y venta se perfecciona y son eficaces las obligaciones que de él nacen, tan luego como han convenido los contrayentes en la cosa y en el precio. El contrato de venta como todos los consensuales, no necesita para su perfeccion elevarse á escritura pública (5); este principio sufre algunas excepciones: 1.° si se hubiera convenido expresamente el otorgamiento de la escritura, en cuyo caso, no está perfecto el contrato hasta que ésta se ha firmado por ambas partes (6): 2.° cuando el contrato versa sobre cosas que están sujetas al gusto, y desde luego se venden *ad gustum*; en cuyo caso no se perfecciona aquel

(1) Fr. 8. §. 1., fr. 39. §. 1; fr. 78. §. 3. D. XVIII. 1, fr. 11 §. 18 al fin; fr. 12. D. XIX, 1.
(2) §. 1, 2. J. III, 23 (24).-fr. pr. D. XIX, 4.-fr. 7. §. 1. D. XVIII, 1.
(3) Fr. 36. D. XVIII, 1. C. 8. C. IV. 38, fr. 36. D. XIX, 2. fr. 66. D. XIII, 3.
(4) C. 2, 8. C. VI, 44.
(5) Fr. 3. D. XLIV, 7.
(6) Pr. 7. III, 23 (24.)-fr. 1. §. 2. D. XVIII, 1.-fr. 2. XLIV, 7. C. 4. C. IV, 48. C. 17. C. IV, 21.

hasta que el comprador las ha gustado y las halla convenientes (1).

§. 669. D. *Efectos de la venta 1.—Riesgos y peligros de la cosa vendida.*

Perfecto el contrato de compra y venta, todos los riesgos de la cosa vendida *(periculum rei)*, asi como las utilidades que produzca *(commodum rei)*, pertenecen al comprador (2); vengan estas ó no de la misma cosa, siempre que no se pacte lo contrario. No se comprenden en esta regla los casos siguientes:

1.° Las cosas fungibles vendidas por medida, número ó peso, en las que el riesgo y peligro de ella, no pasa al comprador hasta que se cuentan, pesan ó miden; pero si se vendieron en junto, *(in aversionem)*, el riesgo es del comprador desde el acto del contrato (3). 2.° En la venta hecha bajo condicion, hasta que se cumple esta, no pertenece el riesgo al comprador. Si *pendente conditione* fortuitamente perece la cosa, el daño que resulta cede en perjuicio del vendedor; pero si solo se deteriora aquella, el comprador siente el daño luego que se cumple la condicion (4). Lo mismo sucede cuando el precio de la venta le ha de fijar un tercero, porque equivale á una condicion (5). 3.° Vendiéndose muchas cosas alternativamente; el vendedor siente el riesgo y

(1) Fr. 34, §. 5. D. XVIII, 1.-fr. 4. pr. §. 1. D. XVIII, 6.
(2) §. 3, J. III, 23. (24).-D. XVIII, 6. Cod. IV, 48.
(3) Fr. 35. §. 5-7; fr. 62. §. 2. D. XVIII. 1, fr. 4. §. 1,-2. fr. 10. §. 1. D. XVIII, 6. C. 2. C. IV, 48.
(4) Fr. 8. pr. D. XVIII, 6.-fr. 7. pr. D. XVIII, 1.
(5) §. 1. J. III, 20 (24). C. 15. C. IV, 38, Gajus III, 140.

peligro que á las mismas ocurra, hasta que el comprador elige; pero si todas perecen antes de la eleccion, aunque la última se destruya, por caso fortuito, perecen para el comprador (1).

El comprador no adquiere la *propiedad* de la cosa vendida hasta que se le ha transferido, y ha pagado el precio de la misma, excepto el caso de que la venta se haga á crédito; en el que basta solo la tradiccion para adquirir el dominio (2).

§. 670. 2. *Obligaciones del vendedor.*

El contrato de venta como bilateral, produce obligaciones para el vendedor y el comprador.

El vendedor se obliga:

1.° A entregar al comprador la cosa vendida con todas sus acciones, y frutos producidos por la misma desde la conclusion del contrato, y en el tiempo y lugar fijados en el mismo (3): la entrega ha de hacerla despues de recibir el precio, á menos que no se haya pactado lo contrario (4).

2.° Es responsable de las *faltas* que haya; pero no está obligado á la *custodia*, sino se pactó expresamente (5).

---

(1) Fr. 34. §. 6. D. XVIII, 1., fr. 95. pr. D. XLVI, 3.

(2) §. 41. J. II, 1.-fr. 11. §. 2. D. XIX, 1.-fr. 19, 83. D. XVIII, 1, fr. 5. §. 18. D. XIV, 4.

(3) §. 3 al fin. J. III, 23 (24). fr. 7. pr. D. XVIII, 6; fr. 11. §. 13; fr. 13. §. 10, 13, 18. D. XIX, 1.

(4) Fr. 13. §. 8; fr. 50. D. ibid. Los fr. 21 pr, fr. 12. D. ibid. determinan los intereses que en este caso debe pagar el comprador.

(5) Los jurisconsultos varian de opinion respecto de la custodia, fr. 5. D. XIII,-6. fr. 31. §. 11, 12. D. XXI 1; fr. 12. §. 16. D. XIX, 1.-fr. 14. pr. D. VII, 2 con el fr. 36. D. XIX, 1.-fr. 3; fr. 14. §, 1. D. XVIII, 8 y la decision de Justiniano al §. 3. J. III, 23 (24).

3.° Por una disposicion particular del *edicto edilitio* (1) el vendedor era responsable de los defectos ocultos *(morvi vitia)* que tenia la cosa al tiempo del contrato (2), aun cuando el no los hubiera conocido (3): tambien responde de todas las cualidades especialmente determinadas que debia tener la cosa, ó de las que debia estar libre *(dicta et promissa.)*

Asi, luego que en la cosa vendida se hallan defectos ocultos, ó no se realizan los *(dicta et promissa)* el comprador tiene derecho, sean ó no los defectos capitales, á elegir entre la verificacion del contrato ó la disminucion del precio (4). En el primer caso usa de la accion *redhibitoria*, en el segundo de la *cuanti minoris*: aquella dura seis meses, esta un año, cuando el vendedor ha asegurado por medio de una *caucion* los vicios ó defectos que pudiera haber en la cosa; sino los aseguró, la accion *red hibitoria* debe intentarse dentro de dos meses, la cuanti minoris dentro de seis (5).

---

(1) D. XXI, 1. Cod. IV, 58. El edicto edilicio no se aplicaba en un principio mas que á la venta de los *esclavos* y bestias de *carga*, pero posteriormente se aplicó á la venta de todas las cosas, y á los contratos onerosos translativos de la propiedad; fr. 1. pr. fr. 19. §. 5, fr. 38. pr. §. 5, fr. 49, fr. 63. D. ibid. C. 4. C. ibid. Cic. de offi. III, 16, 17 habla de esta doble extension. Por otra parte no se aplica ni á la donacion, ni al arrendamiento, fr. 62, 63. ibid.

(2) Fr. 54. D. XXI, 1. C. 3. C. I,V 58.

(3) Si los conoció obró con dolo y responsable de todas las consecuencias (*omne id quod interes*) C. 1. C. IV, 58.

(4) Fr. 1. §. 6, 8; pr.; fr. 19. §. 1. D. XXI, 1; fr. 25. §. 1. D. XLIV, 2.

(5) Fr. 19. §. 6; fr. 28; fr. 31. §. 32.; fr. 38. pr., fr. 55. D. XXI, 1. C. 2. C. IV, 58.

4.° Finalmente, el vendedor está obligado á asegurar al comprador la *eviccion* de la cosa vendida, *evictionem præstare*, siempre que el derecho de éste se dispute por un tercero (1), y aun cuando él no lo hubiera prometido asi expresamente, ni le constára que la cosa pertenecia á otro (2). Si el vendedor sabia que la cosa enagenada no era suya, debe indemnizar al comprador, *omnen quod emptori interest*; *y el juramentum in litem* se admite contra el (§. 644); pero si el vendedor no procedió dolosamente, solo está obligado á prestar el daño que verdaderamente se ha producido al comprador, estimándole por el valor efectivo de la cosa, al tiempo de la eviccion (3). Sin embargo, el vendedor solo está obligado á la eviccion en el caso de *dolo*, y cuando el comprador es despojado de la cosa por el juez ordinario (4), despues de no haber omitido medio para su defensa. Tan luego como se demanda del comprador por un tercero la cosa que se le vendió, debe dar parte al vendedor de la accion intentada contra el, y requerirle, para que concurra á defender sus derechos, *litem denuntiare* (5). La eviccion tiene lugar, no solamente en el contrato de venta, si que

(1) D. XXI, 2. C. VIII, 45.

(2) Fr. 19. D. XXI, 2.-C. 6, 25. C. VIII, 45.-C. 5. C. IV. 52.

(3) Fr. 64; 66. §. 3; fr. 70. D. XXI, 2.; fr. 45. pr. D. XIX, 1. Entre los romanos la *stipulatio dupla* era muy frecuente para el caso de la eviccion, y cuando se verificaba se podia tambien por medio de la accion *ex stipulata* exijir el doble si la *eviccion* era *de toda la cosa*, fr. 42, 43, 56. §. 2. D. XXI, 2.

(4) El vendedor no quedaba obligado si la cosa perecia por caso fortuito, ó si por orden del emperador se privaba de ella al comprador, fr. 11, pr. D. XXI, 2-C. 17, C. IV, 49.

(5) Fr. 34 pr., fr. 51. §.1; fr. 55. §. 1; fr. 56. §. 4, 7; fr. 63. §. 2. D. XXI, 2. C. 8, 9, 20, 23, C. VIII, 45.

tambien en todos los onerosos, como en la permuta, division de bienes, compromiso, *datio insolutum* y otros, pero no en la donacion.

§. 671. *Obligaciones del comprador.*

El comprador está obligado:

1.° A pagar el precio de la cosa tan luego como ésta se le entregue, á no ser que se haya pactado lo contrario; si cae en demora debe pagar los intereses. El comprador es moroso cuando ha transcurrido el tiempo que se fijó para el pago sin haberle realizado: sino se fijó tiempo, es decir, la espera fué indeterminada; luego que el vendedor le reclamó el precio; y en las ventas al contado, tan luego como le fué entregada la cosa (1). Hay casos en que el comprador reteniendo el precio no cae en mora, y asi sucede siempre que hay una causa legítima que justifique la retencion; v. g. el peligro de una eviccion; el mandato judicial para retener el precio y otros; pero en todos estos casos ha de llevar cuenta de los intereses legales que está obligado á pagar, á no ser que consigne el precio judicialmente (2).

2.° El comprador está obligado á responder de las faltas que haya en el numerario que entregó como precio de la compra (3).

3.° Ultimamente, el comprador debe indemnizar al vendedor de los gastos que éste haya invertido en la conser-

(1) Fr. 13. §. 20. D. XIX, 1. C. 2. C. IV, 32. C. 5. C. IV, 54. fr. 88. D. L. 17.-fr. 18. pr. D. XXII, 1.

(2) C. 5. C. IV, 49 comparado con el fr. 7. 18. §. 1. D. XXII, 1; fr. 13. §. 20. D. XIX, 1.-C. 6, 9. C. IV. 32.

(3) Fr. 11. §. 2. D. XIX, 1.

vacion de la cosa, objeto del contrato, desde que éste se perfeccionó (1).

§. 673. 3. *Acciones del contrato de venta.*

Del contrato de venta nacen dos acciones; una en favor del vendedor, *actio venditi*, otra en favor del comprador, *actio empti*; una y otra son directas, y tienen por objeto hacer efectivas las obligaciones que el contrato produce, ya por sí mismo, ya por los pactos que se le unen *ex pactis adjetis* (§§. 718, 719), (2).

§. 673. E. *De la rescision de la venta.*

La venta se rescinde: 1.° por el *mutuo disenso*, *mutuo disensu*: no estando aun consumado el contrato (3): 2.° por la renuncia ó separacion de la venta, hecha por una de las partes que se reservó este derecho y dentro del término de la reserva (4): 3.° por la lesion en mas de la mitad del precio causada á alguno de los contrayentes, *lessio ultra dimidium sive enormis*: es decir, si lo que uno recibió valia menos de la mitad de lo que el otro le diera. El perjudicado, puede pedir la rescision del contrato; pero el reo elige entre admitir la rescision, ó reparar el daño (5). No tiene lugar la rescision en los casos siguientes: cuando se renunció á

(1) C. 16. C. IV, 49.-fr. 13. §. 22. D. XIX, 1.
(2) §. 1 J. III. 23 (24); fr. 13. §. 19. D. XIX. 1. Cod. IV, 49.
(3) §. 4. J. III, 29 (30); fr. 6. D. XVIII, 1.-fr. 3; fr. 3. fr. 5. D, XVIII, 5. fr. 35. D. L. 17.-Cod. IV, 45.
(4) Fr. 3. D. XVIII. 1. C. 4. C. IV, 58. Dig. XVIII, 5.
(5) C 2. C. IV, 44.

ella expresa ó tácitamente (1): cuando el testador mandó dar una parte de sus bienes por precio determinado (2); en la *emptio spei* (3), y en las ventas públicas.

§. 674. II. *Del contrato de arrendamiento.*—A. *Nocion.*

El contrato de arrendamiento, *locatio et conductio* es aquel por el cual una persona (*locator*), concede á otra (*conductor*), el goce y uso de una cosa, ó la prestacion de obras ó trabajos por cierto precio, *(merces)* (4). Este contrato se perfecciona y produce todos sus efectos, tan luego como las partes convienen en la cosa y en el precio, á no ser que se haya pactado elevarle á escritura pública (5).

§. 675. B. *Especies de arrendamiento.*

El contrato de arrendamiento se divide con relacion á su objeto en las especies siguientes:

1.° Locacion de *cosas*, *locatio et conductio rerum*: estas cosas pueden ser muebles ó inmuebles. El arrendamiento de los inmuebles, cuando estos consisten en bienes urbanos, se llama *inquilinato*, y el arrendatario, es decir el que toma la cosa en arrendamiento, inquilino, *inquilinus*; cuando en bienes rurales, arrendamiento simplemente, y el que lleva los bienes *colono*, *(colonus)*.

(1) Arg. fr. 38. D. XVIII. 1.
(2) Fr. 49 §. 9. D. XXX.
(3) Fr. 8. §. 1. D. XVIII, 1.
(4) Tan necesario es el precio *merces* en el contrato de arrendamiento como el precio (*pretium*) en la venta. fr. 2. §. 1, fr. 46. D. XIX, 2.
(5) Arg. pr. J. III, 23 (24). C. 17. C. IV, 21.

2.° La locacion de obras *locatio et conductio operarum*, que es de dos especies; 1.ª cuando un doméstico ó un obrero se encarga de hacer una obra por un salario, ó cuando esta obra se ajusta en un precio determinado: *locatio et conductio sive redemptio operis*. El arrendamiento de obras tiene de particular que el que paga el precio se llama *locator operis et conductor operarum*, y el que hace la obra *conductor sive redentor operis et locator operarum.*

§. 676. 1. *Del arrendamiento de las cosas.*

Para el arrendamiento de las cosas se requieren dos condiciones; una *cosa*, que sea objeto del contrato, y el *precio (merces)* que se paga por el goce y uso de aquella. Pueden ser objeto del contrato las cosas muebles como las inmuebles, las corporales, como las incorporales, aunque no se consuman con el uso (1). Tambien pueden darse en arriendo las cosas agenas, como las propias (2) cuando el *locator* da á otro en arriendo la cosa que él llevaba ó tenia arrendada lo que es permitido no habiendo pactos en contrario, se dice que hay *un subarriendo, (sublocatio et subconductio* (3). El precio del arrendamiento ha de reunir las mismas condiciones que el de la venta; es decir, ha de ser verdadero, justo y cierto. El precio debe consistir en una cantidad

(1) Por ej. fr. 12. §. 2. D. VII, 1. *Usufructuarius* vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest.-fr. 9. §. 1; fr. 25, §. 1. D. XIX, 2.-fr. 66. D. XXIII, 3. Sin embargo las servidumbres reales no pueden arrendarse sin los predios á que pertenecen; fr. 44. D. XIX, 2.

(2) Fr. 12. §. 2. D. VII, 1.-fr. 23. pr. D. XX, 1.-fr. 35. §. 1. D. XIX, 1.

(3) C. 6. C. IV, 65.

cierta de numerario (1), sin embargo en los arrendamientos de bienes que producen frutos, el precio puede ser una parte de los mismos; si esta parte es alicuota, el que la da se llama *colono parciario (colonus partuarius)* (2).

§. 677. a. *Obligaciones del arrendador.*

Por el arrendamiento de las cosas se sujetan los contrayentes á obligaciones recíprocas desde el momento que se perfecciona el contrato, de tal modo deben conservar y cuidar la cosa, cuanto que son responsables del daño que por su culpa sobrevenga á la misma no siendo, por caso fortuito (3).

Sin embargo de estas obligaciones generales á ambas partes el arrendador está obligado; 1.° á entregar la cosa al arrendatario tal como éste la necesita para el uso que es destinada, y á dejársela por todo el tiempo del contrato, salvo cuando el arrendamiento es de alguna finca urbana, y el dueño de ella la necesitase para vivir él ó los suyos, debiendo probarlo; cuando el edificio reclama con urgencia su reparacion, cuando el arrendatario usa mal de la cosa (4), y cuando en dos años no paga el precio del arrendamiento (5): 2.° el arrendador debe asegurar al arrendatario el uso y goce de la cosa (6) y conservar ésta por todo el tiem-

(1) Pr. J. III, 24 (25).-fr. 2. pr.; fr. 25. pr. D. XIX, 2.
(2) Fr. 25, §. 6; fr. 35. §. 1. D. ibid.-C. 21. C. IV, 65.
(3) C. 1, 28. C. IV, 65. Cf. §. 5. J. III, 24 (25).-fr. 25. §. 7. D. XIX, 2.-fr. 5. §. 15 in fine. D. XIII, 6.-fr. 9. §. 2. D. XIX, 2.
(4) C. 3. C. IV, 65. Esta constitucion solo habla de casas arrendadas, no de fincas rurales.
(5) Fr. 54. §. 1; fr. 56. D. XIX, 2.
(6) Fr. 9. pr. §. 1; fr. 30. pr. D. ibid.

po del contrato en tan buen estado como necesario sea para que el arrendatario use de ella segun el objeto á que la destina (1); 3.° y último; no habiendo pacto en contrario, el arrendador está obligado al pago de los impuestos que graviten sobre la cosa (2), y á indemnizar al arrendatario de las impensas necesarias que en la misma haga (3).

§. 678. b. *Obligaciones del arrendatario.*

Corresponde al arrendatario el derecho de usar de la cosa y recojer sus frutos, cuya propiedad adquiere en el acto de la percepcion (4), pero en cambio está obligado: 1.° á pagar todo el precio en el término convenido. Si por caso fortuito perece una parte considerable de los frutos antes que el arrendatario los perciba, puede exigir, no habiendo pacto en contrario, una rebaja proporcional de la renta; si percibió los frutos pierde este derecho, porque corresponden á el los daños y peligros que á los mismos sobrevengan (5). 2.° El arrendatario debe retener la cosa en su poder, todo el tiempo del contrato (6) á no ser que, circunstancias particulares le impidan el uso y goce de la

(1) Fr. 15. §. 1. fr. 58. §. 2. fr. 25 §. 2. D. ibid.
(2) La obligacion de dar alojamiento á los militares es considerada en derecho romano como una carga real, que debe pesar sobre el dueño de la finca. Fr. 3. §. 13, 14. D. L. 4. fr. 11. D. L. 5. C. 5, 9. C. XII, 41. Por otra parte la obligacion de mantener y alimentar á los militares alojados es mirada como una carga personal que debe soportar el arrendatario.
(3) Fr. 55. §. 1. D. XIX, 2.
(4) P. 36. J. II, 1.
(5) Fr. 25. §. 6. D. XIX, 2.-fr. 15. §. 2.-7. D. ibid.
(6) Fr. 55. §. 2. D. XIX, 2.

misma (1): 3.° está obligado, en fin, á devolver la cosa al arrendador concluido que sea el arrendamiento (2).

§. 679. *Cómo concluye el arrendamiento de la cosa.*

Se acaba el arrendamiento de las cosas: 1.° por el lapso del tiempo convenido, á menos que no tenga lugar una *relocatio*; es decir, que el contrato se renueve expresa ó tácitamente. La renovacion tácita se hace, continuando el inquilino ó colono, usando de la cosa por mas tiempo que el convenido, y á sabiendas del dueño, ó arrendador. El nuevo contrato se rije por las mismas reglas que el anterior, y se proroga, cuando se trata de bienes rurales un año mas, si de bienes urbanos hasta que se separa del contrato alguna de las partes, á menos que no se haya convenido lo contrario, ó las costumbres locales tengan decidido este punto (3): si el arrendador de la cosa solo tenia un dominio temporal en la misma; cesando éste, cesa tambien el arrendamiento, sin que el inquilino, ó colono que contrató con conocimiento de ello, pueda repetir de aquel los daños y perjuicios que por la cesion sienta (4): 3.° vendida la cosa dada en arrendamiento, si el arrendador no estipuló con el comprador la continuacion del contrato, se concluye éste, pues que el comprador no está obligado á respetarle, y puede por consecuençia expulsar de la casa al inquilino, ó

(1) Fr. 25. §. 2; fr. 27. §. 1; fr. 28; fr. 13. §. 7; fr 33. D. ibid.
(2) P. 5. in fine J. III, 24 (25).-fr. 48. §. 1. D. XIX, 2.-C. 10. C. VIII, 4. C. 34. C. IV, 65.-C. 25. C. ibid.
(3) Fr. 13. §. 11; fr. 14. D. XIX. 2.
(4) Fr. 9. §. 1. D. XIX, 2.-fr. 25. §. 4. D. XXIV, 3.

colono que la llevaba en arrendamiento, quien tambien puede repetir del que se la arrendó, los daños y perjuicios que se le originen. Tampoco está obligado, vendida la cosa, á continuar el arrendatario el contrato, á menos que el arrendador no le haya cedido el derecho que del mismo resulta (1). Por la muerte de uno ú otro de los contratantes no concluye el arrendamiento, si expresamente no se ha convenido en ello (2).

§. 680. 2. *Del arrendamiento de obras.*

Las obras que en la *locatio et conductio operarum* forman el objeto del contrato, deben ser lícitas; y de tal naturaleza, que puedan pagarse con precio determinado, bien sea como salario, bien como honorario (3). Cuantos principios se han establecido acerca del precio de los arrendamientos de las cosas, se aplican tambien al precio de las obras que se distingue con el nombre de *manupretium* (4).

§. 681. *Obligaciones de los contrayentes.*

Del mismo modo que en el arrendamiento de las cosas, en el de obras son responsables los contratantes de toda culpa, y estan obligados á cuidar y conservar la cosa, pero no á responder del caso fortuito (5). Si por caso fortuito se

---

(1) C. 9. C. IV. 65.-fr. 32. D. XIX, 2.-fr. 120. §. 2. D. XXX.
(2) §. 6. J. III. 24, (25)-fr. 19. §. 8. D. XIX, 2.-C. 10. C. IV, 65.
(3) Fr. 5. §. 2. D. XIX, 5: tale factum esse debet *quod locari solet.*
(4) Fr. 30. §. 3. D. XIX, 2.
(5) Fr. 25. §. 7. D. XIX, 2.

hace imposible en todo ó en parte la prestacion de la obra, el *conductor operarum* debe pagar el salario prometido, á menos que acontezca aquel á la persona que se obligó á prestar el servicio, la cual no puede en este caso reclamar su salario (1). El daño que por caso fortuito sobreviene en una empresa de obras, debe generalmente pagarlo aquel para quien se hacen las obras (2), á no ser que el empresario se obligára al caso fortuito, ó que el daño provenga de un error en la construccion de la obra, ó defecto en los materiales (*in vitio operis*) (3), ó que en las obras que se emprenden con condicion de aprobarse, ocurra el daño antes de verificarse la aprobacion (4), ó cuando una obra que debe entregarse construida por partes recibe el daño, antes que ésta se entregue (5): finalmente, cuando el empresario entrega materiales que el obrero no debe devolver mas que en una especie, porque en este caso, la locacion de obras, se convierte en préstamo (6).

§. 682 *Cómo se concluye el arrendamiento de obras.*

La locacion de obras concluye: 1.° por haberse acabado la obra que formaba el objeto del contrato: 2.° si se habian

---

(1) Fr. 38. pr. D. ibid. qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debent, *si per eum non stetit* quominus operas præstet. fr. 19. §. 9; fr. 15. §. 6. D. ibid.
(2) Fr. 59. D. XIX, 2.
(3) Fr. 51. §. 1; fr. 62. D. ibid.
(4) Fr. 24. pr. D. ibid.
(5) Fr. 36.-37. D. ibid.
(6) Fr. 31. D. ibid. Cuando el mismo obrero suministra los materiales, existe mas bien una venta (*emitio et venditio*) que un arrendamiento de obra (*locatio et conductio operarum*). Fr. 2. §. 1. D. ibid.-fr. 65. D. XVIII, 1.

contratado muchas obras de la misma especie, por la muerte de aquel que estaba obligado á hacerla, ó por transcurrir el tiempo convenido; en este contrato puede haber tambien una relocacion expresa, ó tácita, toda vez que el obrero ú obligado á prestar las obras continue haciéndolas, ó prestándolas mas tiempo del convenido. La relocacion tácita dura hasta que alguna de las partes se separa del contrato (1): 3.° y último; la empresa de obras concluye tan luego como se acabaron las obras, finalizó la empresa, ó muere el empresario antes de concluirla, á menos que no tenga lugar una relocacion expresa ó tácita con los herederos de éste (2).

§. 683. C. *Acciones que nacen del contrato de arrendamiento.*

El contrato de arrendamiento, como bilateral ó signalagmático, produce acciones recíprocas, ó sea la accion *locati* en favor del arrendador, y la accion *conducti* en favor del arrendatario. Estas dos acciones son directas, y sirven para hacer efectivas las obligaciones que nacen del contrato (3). El inquilino, cuando ha cumplido sus obligaciones, si el dueño no le permite dejarla ó retirar de ella cuantos efectos le pertenecen *cum invectis et illatis*, puede usar contra el dueño del interdicto de *(migrando)*, el que no corresponde al colono (4).

(1) Arg. fr. 13. §. 11. in fine D. XIX, 2.
(2) Fr. 13. §. 10. D. ibid.
(3) Pr. J. III, 24 (25).
(4) Fr. 1. §. 1.-3. C. XLIII, 32.

§. 684. III. *Del contrato enfitéutico.*

El contrato enfitéutico *(contractus enphiteuticarius)*, es aquel por el cual uno se obliga á entregar á otro un fundo como enfitéusis, con condicion de recibir cierto cánon ánuo (§. 595). Este contrato tiene mucha semejanza con el de venta: tambien se parece á la locacion y conduccion, por lo que los jurisconsultos romanos han disputado tenazmente sobre á cuál de los dos pertenecia, hasta que Zenon lo declaró un contrato particular, cuya decision confirmó Justiniano (1). A semejanza de la venta y del arrendamiento se perfecciona el enfitéusis por solo el consentimiento de los contrayentes, quedando obligado desde este acto el propietario á entregar el fundo al enfitéuta, y éste á pagar el rédito ó pension. En este contrato, segun disposicion de la ley, si la cosa perece absolutamente, se pierde para el propietario, si parcialmente, se pierde para el enfitéuta (2), á menos que las partes por convenciones escritas, se separen de esta regla (3). Del enfitéusis nace una accion directa, y puede usar de ella el enfitéuticario, ó sea señor directo, para reclamar las pensiones, y el enfitéuta por su dominio útil para reclamar de aquel la entrega del fundo, y cuanto esté obligado. Esta accion se llama hoy *actio enphiteuticaria.*

§. 685. *Del contrato de sociedad.—A. Nocion.*

El contrato de sociedad (societas) (1) es un contrato

(1) C. 1. C. IV. 66.-§. 3. J. III, 24, (25).
(2) §. 3. J. Cit. in fine.-C. 1. cit. in fine.
(3) C. 1. cit.-Scriptura interveniente.
(4) Gajus III, 148.-154.-J. III, 25 (26) D. XVII, 2. C. IV, 37.

consensual, por el cual muchas personas *socii* se reunen con un objeto comun y lícito (1), y convienen en los medios propios de conseguirlo. Este contrato se perfecciona por el solo consentimiento de todos los contrayentes (2).

§. 686. B. *Especies de sociedad.*

El fin de la sociedad, es adquirir un *lucro (societas quæstuaria)*. Pueden convenir los sócios en poner como capital social cuantos bienes y lucro adquieran, ó solo una parte de estas, ó la ganancia que emane de un negocio determinado (3). La sociedad relativamente á su objeto es, ó *universal* que comprende todos los bienes de los asociados, ó particular que solo comprende una parte de ella (4), ó un objeto determinado, en cuyo caso pueden poner en comun, ó la propiedad de la cosa, ó solamente su uso. Las consecuencias de estas dos especies son muy diferentes (5). En la sociedad universal los bienes comunes responden de todos los gastos y deudas de los asociados (6); en cualquiera otra clase de sociedad el capital social responde de las obligaciones de la sociedad, nunca de las de los individuos que la componen (7).

(1) Fr. 57. D. XVII, 2.-Cf. fr. 70. §. últ. D. XLVI. 1.
(2) Fr. 4. pr. D. XVII, 2.
(3) Solo se habla de las adquisiciones *onerosas*. Fr. 7.-13. D. ibid.
(4) Pr. J. III, 25 (26).-fr. 1. §. 1. D. ibid. En la sociedad de todos los bienes las adquisiciones *lucrativas* de cada uno de los miembros se hacen tambien comunes. Fr. 3. §. 1. D. ibid.
(5) Fr. 58. pr. D. ibid.
(6) Fr. 39. §. 3. D. X, 2.-Arg. fr. 39. §. 1. D. L. 16.
(7) Fr. 12, 27. D. XVII, 2.

§. 687. C. *Obligaciones de los asociados entre sí.*

Los socios por el hecho de contraer se obligan á las pactaciones siguientes:

1.° Cada socio debe apartar la parte de capital que prometió (1), y estas partes ó porciones, pueden ser iguales ó desiguales, consistir en cosas ó en metálico, en obra ó en industria (2); siempre que la obra sea lícita (3) y el que la presta lo haga en calidad de socio, no de sirviente.

2.° Las ganancias, como la pérdida, han de dividirse proporcionalmente entre los asociados, á menos que no se fije en el mismo contrato, la parte que á cada uno ha de caber, ó se encargue á un tercero su designacion (4).

3.° El socio que administra el todo ó parte del capital social es responsable de cualquier daño que por su culpa ocurra al mismo, pues que debe administrarlo con el igual cuidado y esmero que sus propios bienes (5), rindiendo cuenta á la sociedad, y abonando los intereses de los fondos que invierta en su utilidad particular, ó de los que por incuria no recaude en tiempo (6), tambien tiene de-

(1) Fr. 52. §. 8; fr. 73. D. ibid. El que nada aporta á la sociedad y sin embargo participa de sus beneficios es mirado respecto á los demas asociados como donatario; fr. 5. §. 2. D. ibid.
(2) Fr. 5. §. 1; fr. 71. pr. D. ibid.-C. 1. C. IV, 37.
(3) Fr. 67. D. ibid.-fr. 70. §. últ. D. XLVI, 1.
(4) Gajus III, 149, 150.-§. 1, 2, 3. J. III, 25 (26).-Fr. 6; fr. 29. pr.; fr. 76.-80. D. XVII. 2. La sociedad en la que uno recibe todas las ganancias y el otro carga con todas las pérdidas (*societas leonina*), no puede existir como sociedad, sino tan solo como donacion: fr. 29. §. 2. D. ibid.
(5) Fr. 72. D. ibid.-§. últ. J. III, 25. (26) El dolo de un asociado le hace infame: fr. 1; fr. 6. §. 6. D. III, 2.
(6) Fr. 60. pr.; fr. 67. §. 1. D. ibid.; fr. 1. §. 1. D. XXXII, 1.

recho á exigir el reintegro, de las anticipaciones hechas por cuenta de la sociedad (1).

4.° Los socios respectivamente entre sí pueden demandar el cumplimiento de sus mútuas obligaciones por medio de la accion directa, denominada *actio pro socio* (2), asi como tambien tienen el beneficio de competencia *beneficium competentiæ*: es decir, que por las sumas que cada uno adeude á la sociedad, no puede ser reconvenido en mayor parte que pueda *(in quantum facere potest)* (3).

§. 688. D. *Obligaciones de los asociados para con un tercero.*

Los asociados para con los terceros no interesados en la sociedad contraen las obligaciones siguientes:

1.ª Si los socios contraen por sí con un tercero, no puede cada uno solicitar el cumplimiento de esta obligacion en mas parte que la que le interese, á no estar facultado por los demas, ó ser solidaria la obligacion (4). Tampoco puede ser reconvenido, ni durante ni despues de concluida la sociedad en mayor parte que la que representa, á menos que no se haya contraido solidariamente la obligacion (5).

2.ª No contrayendo los socios con un tercero, ha de distinguirse (a): cuando el socio gestor contrae en representacion de la sociedad, á él solo corresponde el derecho de demandar el cumplimiento del contrato (6), sin que los socios

(1) Fr. 38. §. 1. D. XVII, 2. comparado con el fr. 67. §. 2. ibid.
(2) §. 9. J. III. 25 (26).-fr. 31. D. ibid.-§. 28. J. IV, 6.
(3) Fr. 63. pr. D. ibid.-fr. 16. D. XLII, 1.
(4) Arg. fr. 11. §. 1. D. XLV. 2.-C. 9. C. IV. 2.
(5) Fr. 44. §. 2, D. XXI, 1.
(6) Fr. 38. §. 17; fr. 126. §. 2. D. XLV.-1.-fr. 11. §. 18. D. IV, 1.-fr. 1. D. XIV. 3.

puedan útilmente intentar reclamacion alguna por la parte que les corresponde, al menos que el gestor les haya cedido sus derechos *(ex jure cessio)*, ó no se lo satisfaga (1); pero el tercero que contrajo puede *vice versa* repetir contra cada uno de los socios por la accion *exercitoria ó institutoria* (2): (b) si alguno de los asociados contrajo en su propio nombre, los demas no tienen derecho para pedir al tercero obligado la parte ó porcion que les corresponde, si no es cuando el consocio obró como mandatario de los demas; cuando éstos aprobaron el contrato, y cuando formaron con él una sociedad universal: en los demas casos corresponde únicamente al socio que contrajo dirigir contra el tercero las reclamaciones que deba, quedando á los demas expedita la reclamacion contra su consocio, de los derechos que les correspondan (3). Ademas el socio que contrató se obliga solidariamente para con el tercero (4), sin que los demas consocios queden obligados á no provarse una *versio in rem* (5).

§. 689. E. *De la disolucion de la sociedad.*

La sociedad se disuelve: 1.° por el consentimiento de todos los asociados (6): 2.° por la renuncia de uno solo siempre que la haga en tiempo, y que no sea con el objeto de

(1) Fr. 1 in fine; fr. 2. D. XIV. 3, fr. 5. D. XLVI. 5.-fr. 13. §. 1. D. XIX. 1.
(2) Fr. 13. §. 2; fr. 14. D. XIV, 3.-fr. 1. §. 25; fr. 2; fr. 4. §. 1. D. XIV 1.
(3) Fr. 67. §. 1; fr. 74. D. XVII, 2.
(4) Fr. 28.; fr. 65. §. 3. D. ibid.-C. 13. C. IV, 2.
(5) Fr. 82. D. ibid.
(6) Fr. 65. §. 3. D. ibid.

apropiarse solo la ganancia que corresponda á la sociedad (1): 3.° por la muerte de uno de los asociados (2); en este caso como en el anterior la sociedad concluye para todos los asociados (3): 4.° por concluirse el tiempo por el que se constituyó la sociedad (4), ó por finalizar el negocio para que se estableció (5): 5.° por la pérdida del objeto (6), y 6.° por la confiscacion de bienes de uno de los asociados ó por el concurso de acreedores que contra el mismo se forme; á menos que el capital social de éste no consista en metálico, sino es en obra ó industria (7): la disolucion de la sociedad no afecta de modo alguno, los derechos de terceros interesados en la misma (8).

§. 690. V. *Del mandato.*—A. *Nocion.*

El mandato (*mandatum*) (9) es un contrato consensual por el cual alguno se encarga gratuitamente de hacer una cosa por otro (10); el primero se llama *mandatario* (*mandatarius*), el segundo *mandante*, *mandans*. El negocio que el mandatario se obliga á ejecutar ó sea el que es objeto del contrato debe ser lícito (1). El mandante no debe prometer al mandatario salario alguno (2), aunque si puede darle honorarios en remuneracion de los servicios que le presta (3), sin embargo que no es condicion esencial del contrato como lo es el precio en el arrendamiento de obra.

(1) §. 4. J. III, 25 (26).-fr. 63. §. 10; fr. 64; fr, 65. §. 3, 6 D. ibid. No puede convenirse *ne habeatur*, fr. 14. D. ibid. Sobre las consecuencias de la renuncia intempestiva, ó fraudulenta. Vide §. 4. J. cit.-fr. 17. §. 1. D. ibid.

(2) Fr. 59. pr.; fr. 48. §. 2. D. ibid.

(3) §. 5. J. III, 25 (26). Si despues de la muerte de un asociado continúan los demas, ó si los herederos de aquel siguen en sociedad, ésta debe considerarse como renovacion de la anterior. fr. 37. D. ibid.

(4) Fr. 65, §. 6, D. ibid.

(5) §. J. III, 25 (26).

(6) Fr. 63. §. 10 in fine. D. ibid.

(7) §. 7, 8. J. ibid.-fr, 65. §. 1. D. ibid.

(8) Fr. 27, 28. D. ibid.

(9) Gajus III, 155.-J. III. 26 (27) D. XVII, C. IV, 35.

(10) La diferencia entre mandatum, jussus, consilium, puede verse en el §. 6. J. ibid.-fr. 6. §. 5; fr. 12, §. 12. D. ibid.- fr. 17. pr. D. L. 17.-fr. 2. D. II. 2.

§. 691. B. *Especies de mandato.*

Con relacion á la *persona* en cuya utilidad cede el contrato, el mandato es ordinario, (*mandatum simplex*) cuando se contrae por utilidad del mandante: calificado (*mandatum qualificatum*), cuando tiene por objeto el interés de un tercero. El que encarga á otro un negocio se llama *mandator* (4); finalmente, cuando el interés del contrato cede en beneficio del mandatario, se llama este *procurator in rem suam*, ó cesionario si el mandante le cedió el derecho que tenia contra un tercero (§. 633): tambien se llama *asignatarius*, cuando como encargado del mandante y por cuenta de éste, recibe en pago lo que otro le adeudaba (5). Con relacion al objeto, el mandato, comprende ó todos los negocios del mandante, ó un género de negocios, ó un negocio particular; en los dos primeros casos, el mandato es general (*mandatum generale*), en el tercero especial (*mandatum*

(1) §. 7. J. ibid. fr 6. §. 3; fr. 22. §. 6. D. ibid.

(2) Porque entonces seria locacion, §. 13. J. ibid.-fr. 1. §. 4. D. ibid.

(3) Fr. 6. pr. fr. 7. D. ibid.

(4) Fr. 12. §. 14, 15; fr. 32; fr 28. D. ibid.-fr. 13.; fr. 41. §. D. XLVI. 1.

(5) Véase en general: pr. §. 1.-6. J. ibid.-fr. 34. pr. D. ibid.

especiale) (1). Con relacion á la forma el mandato es expreso ó tácito. El tácito generalmente ocurre, cuando alguien maneja los negocios de otro, y sabiéndolo su dueño no se opone á ello (2), equivale á un mandato expreso cuando el negocio que manejó otro sin encargo, y sin conocimiento del dueño del negocio, es aprovado despues por éste (3). Hay una especie particular de mandatarios que son los corredores de comercio *proxenatæ*, cuyo oficio es ordenar y concluir los negocios mercantiles. Los corredores reciben precio que se llama corretaje (*proxeneticum*), y cuando las dos partes se han valido de su oficio son testigos intachables en cuanto concierne á el negocio concluido; si solo una parte se vale de ellos, su dicho hace fé en contra de la misma; pero no en su beneficio (4).

§. 692. C. *Obligaciones de los contrayentes entre sí.*

El mandato produce dos clases de obligaciones; las unas entre los contrayentes, las otras entre los contrayentes y las personas con quienes el mandatario contrajo. Las obligaciones del mandatario para con el mandante son las siguientes: 1.ª dirigir el negocio de que está encargado personalmente, y con arreglo al mandato (5): 2.ª entregar al man-

(1) Fr. 1. §. 1; fr. 58, 60 63. D. III, 3.
(2) Fr. 60. D. XV, 17.-fr. 18; fr. 53. D. XVII. 1.
(3) Fr. 60 D. L. 17.-Cf. C. 3. C. III, 32.-C. 3. C. VIII, 38. fr. 9. D. III, 5.
(4) D. L. 14.
(5) §. 11. J. III. 27 (27).-fr. 27, §. 2; fr. 5. pr. §. 1. D. XVII, 1: diligenter fines mandati custodiendi sunt.-§. 8. D. ibid.-fr. 3. §. 2; fr. 4; fr. 5. pr. §. 3, 4; fr. 36. §. 3; fr. 41, 46. D. ibid. Sobre el derecho de substitucion del mandatario: véase fr. 8. §. 3 D. ibid.-fr. 28. D. III. 5.

dante cuanto adquiera por consecuencia del mandato, rendirle cuenta, y pagarle los intereses de las sumas percibidas y empleadas en su utilidad, ó de las que no restituyó al tiempo que debiera (1): finalmente: 3.ª responder de toda falta ú omision, que en el cumplimiento del mandato tenga (2).

El mandante está obligado: 1.º á pagar al mandatario los honorarios prometidos; á abonarle las impensas y gastos hechos en la ejecucion del mandato, con los intereses de los mismos, aunque no se haya conseguido, sin culpa suya, el objeto del contrato (3): 2.º á librar al mandatario de las resultas de las obligaciones que como tal haya contraido (4), y á responderle de cualquiera falta (5). Sin embargo, el mandante no está obligado á indemnizar al mandatario del perjuicio que le provenga por caso fortuito (6), pero el dolo le hace incurrir en la nota de infamia (7). Del mandato nace una accion, que se llama *actio mandati*; y es directa, cuando el mandante la ejercita contra el mandatario; *contraria*, cuando éste la ejercita contra aquel, para pedir el cumplimiento de las obligaciones que resultan del contrato (8).

(1) Fr. 10. §. 3, 8; fr. 12. §, 10. fr. 20. pr. D. XVII, 1.
(2) C. 11, 13, 21. C. IV, 35.-fr. 22. §. 11. D. ibid. fr. 1. §. 12. D. XVI, 3. fr. 1; fr. 6. §. 6. D. III, 2.
(3) Fr. 10; §. 9; fr. 12. §. 7, 9; fr. 27. §. 4. D. XVII, 1.-Cf. fr. 7, D. ibid.-C. 17. C. IV, 35.
(4) Fr. 45. §. 1.-5. D. ibid.
(5) Fr. 61. §. 5. D. XLVII, 2.
(6) Fr. 26. §. 6, 7. D. XVII, 1.
(7) Fr. 6. §. 5. D, III, 2.
(8) §. 28. J. IV, 6.

§. 693. D. *Obligaciones del mandatario para con los terceros, con quienes contrajo el mandatario.*

El mandante y mandatario se consideran como una misma persona, respecto de las obligaciones contraidas con un tercero; el mandante, pues, como dueño del negocio que hizo el mandatario con el tercero, tiene una accion útil contra este último, y éste la tiene igualmente contra el mandante (1). El tercero puede tambien, mientras dura el mandato, repetir contra el mandatario que posee bienes del mandante, pero no despues de concluido el mandato, á no ser que el mandatario haya contraido en nombre propio, afianzando por el mandante, ó excedido los límites del mandato (2).

§. 694. E. *Cómo concluye el mandato.*

El mandato concluye: 1.° por el mútuo disenso (3): 2.° por la muerte del mandante ó mandatario (4): 3.° por la revocacion (5): 4.° por la renuncia del mandatario (6), pero en uno y otro caso la renuncia no debe hacerse fuera de tiempo. (7)

(1) Fr. 13. §. 25. D. XIX, 1.-fr. 31. pr. D. III, 5.-fr. 19. D. XIV, 3. fr. 10. §. 5. D. XVII, 1.-C. 5. C. IV, 25.
(2) Fr. 67. D. III, 3.-arg. fr. 1. §. últ. D. XV, 4.-fr. 13, 19. D. XLVI, 8.-fr. 6. §. 1. 2; fr. 57. §. 1. D. XII, 6,
(3) §. 4. J. III, 29, (30).
(4) §. 10. J. III, 26, (27).-fr. 12. §. 17; fr. 26. pr.; fr. 27. §. 3; fr. 57, 58. D. XVII, 1.-C. 5. C. IV, 35.
(5) §. 9. J. ibid.-fr. 15. D. ibid.
(6) §. 11. J. ibid.-fr. 22. §. 11; fr. 23, 25. D. ibid.
(7) C. 13. §. 9; C. 14. §. 1. C. III, 1.

II. OBLIGATIONES QUÆ RE CONTRAHUNTUR.

§. 695. *Nocion y especies.*

Hay contratos que no se perfeccionan por solo el consentimiento, ó mas claro, que no basta éste para que produzcan acciones y obligaciones recíprocas, sino es que es necesario que una parte dé á otra cualquiera cosa, quedando en la obligacion de devolverla, ó de prestar alguna otra. Los romanos llamaban á estos contratos *obligatio rei contrahitur*, y los modernos le llaman simplemente *contratos reales* (1). Los romanos tambien distinguian los contratos que tienen un nombre particular, *proprium nomem*, y que producen una accion, que lleva el mismo nombre que el contrato, á los que se llaman hoy contratos nominados *(contractus nominati)*, cuyo objeto es restituir la cosa dada; de los contratos sin nombre *(contractus innominati)*, que solo producen una accion general *(præscriptis verbis)*, y que su objeto es una prestacion recíproca (2). Los contratos reales generalmente se preparan por una convencion precedente *(pactum antecedens)*, que se funda en el simple consentimiento, y la que entre los romanos como simple pacto no producia accion alguna (3).

A. CONTRATOS NOMINADOS.

§. 696. I. *Del préstamo.—A. Nocion.*

El préstamo para consumir *mutuum sive rei creditæ* (4),

(1) J. III, 14, (15).
(2) Fr. 1.-2. D. XIX, 5.
(3) Fr. 7. §. 4. D. II, 14.-fr. 34. pr. D. XVII, 1.
(4) Gajus III, 90.-pr. J. III, 14 (15). D. XII, 1. C. IV, 1. IV 2

es un contrato real, por el cual se da á otro una suma de metálico, ó cantidad de cosas fungibles para que la haga suya y con la obligacion de restituir el tanto en el mismo género, cantidad, y calidad *(rem in genere sive in eadem quantitate et qualitate)* (1). Al que da la cosa se llama *mutuante*, al que la recibe *mutuario*; solo el que es propietario de una cosa y puede disponer libremente de ella, puede darla en *mutuo* (2); recibirla el que es capaz de obligarse (3).

§. 697. B. *Efectos del préstamo.*

El mútuo como contrato real no se perfecciona sino es por la entrega de la cosa que puede ser *brevi manu* (4). Perfecto el contrato produce los efectos siguientes: 1.° el mutuario se hace dueño de la cosa (5), y por lo mismo siente todos los daños y peligros que á la misma sobrevengan: 2.° está obligado á restituir lo que recibió en la misma cantidad y calidad (6). 3.° La accion que tiene el mutuante para exigir del mutuario la devolucion del tanto, se llama *actio mutui ó condictio certi ex mutuo* (7). 4.° El mutuario moroso está obligado al pago de los intereses, desde el dia

(1) Pr. J, ibid.-fr. 2, 3. D. ibid.-fr. 1. §. 2. D. XLIV, 7.
(2) §. 2. J. II, 8.-fr. 19. §. 1, fr. 12. D. ibid.
(3) Pr. §. 1. J. I, 21.-fr. 13. §. 1. D. 12, 6.
(4) Fr. 15. D. XII, 1.
(5) Pr. J. ibid.: in hoc damus ut acipientium fiat. Cf. fr. 2. §. 2; fr. 13; fr. 41. D. ibid.
(6) §. 2. J. III, 14 (15).-fr. 1. §. 4. D. XLIV, 7. fr. 42. D. XXIII, 3.
(7) Pr. J. ibid.-fr. 9. pr. D. XII, 1. C. 5. C. VII, 35.-fr. 2. D, XVI. 9. C. 2. C. V, 39.

en que cayó en mora (1). En el mútuo como hemos visto los intereses no son de esencia del contrato, y asi es que para que los haya es necesario que se pacten al tiempo de contraer, en cuyo caso el mútuo se llama *fœnus ó pecunia fœneris* (2).

§. 698. a. C. *Del Senado Consulto Macedoniano.*

Una disposicion particular del senado-consulto macedoniano (3) prohibió se diese nada en préstamo á los hijos de familia, sin obtener préviamente el consentimiento del padre en cuyo poder se hallaban. El que prestaba á un hijo de familia contra esta disposicion, podia cuando intentaba su accion en restitucion ser rechazado por medio de la *exceptio senatus-consulti macedoniani*, no solo por el hijo de familia *sui juris* por la muerte de su padre, ó por la emancipacion, sino es por el padre mismo (4). Como el objeto del senato-consulto se reducia á negar al acreedor una accion, mas claro, ha hacer ineficaz civilmente el contrato, quedaba subsistente sin embargo la obligacion natural, asi es que ni el hijo, ni el padre, ni la persona que afianzaba el débito, podian usar de la *condictio in debiti* si pagaba la deuda; asi como el acreedor podia siempre pedir la compensacion (5). Hay casos sin embargo en que el préstamo hecho á un hijo de familia sin el consentimiento de su padre es válido, y ni

(1) Fr. 40. D. XII, 1.
(2) Fr. 24. D. XIX, 5. C. 3. C. IV, 32.
(3) Este senado-consulto se dió bajo el imperio de Claudio y se renovó despues bajo el de Vespasiano.
(4) Fr. 1. pr. D. XIV. 6.-§. 4. J. IV, 7.
(5) Fr. 7. §. 15, 16. fr. 9. §. 4, 5; fr. 10. D. XIV, 6.-fr. 40. pr. D. XII, 6.-fr. 6. D. XVI, 2.

este ni aquel pueden oponer la excepcion del senado-consulto macedoniano; tales son los siguientes:

1.° Si media el consentimiento del padre ó su ratificacion (1); consiente tácitamente el padre cuando sabedor del contrato no se opone á él (2).

2.° Cuando el padre hace al hijo *majister navis ó institor* ó cuando le da un peculio para que con el comercie, y el en calidad de tal contrae algun préstamo (3).

3.° Cuando el préstamo aunque contraido por el hijo cede en beneficio del padre ó lo que es lo mismo, éste se utiliza de él, ó le invierte en cumplimiento de obligaciones que debia cubrir (4), ó cuando el hijo le invierte en redimir á su padre del cautiverio en que se halla (5).

4.° Cuando se invierte la cosa prestada en el pago de una deuda legítimamente constituida (6).

5.° Cuando el hijo es soldado al tiempo de contraer el préstamo (7).

6.° Cuando él justamente creyó que la persona á quien prestaba era sui juris (8).

7.° y último: cuando el préstamo es nulo, ó el mutuante como menor de edad reclama la restitucion (9). Hay tambien otros casos en que el hijo de familia no puede oponer ó hacer uso del beneficio del senado-consulto macedoniano.

---

(1) C. 2. 4, 5, 7. C. IV, 28.-fr. 7. §. 15. D. XIV, 6.
(2) Fr. 12, 16. D. ibid.
(3) Fr. 7. §. 11. D. ibid.
(4) Por ejemplo fr. 7. §. 12, 13. D. ibid. C. 2, 6, 5. ibid. 2.
(5) Nov. 115, c. 3. §. 13.
(6) Fr. 7. §. 14. D. ibid.
(7) C. 7. §. 1. C. ibid.
(8) Fr. 3. pr. §. 1, fr. 19. D. ibid.-C. 2, C. ibid.
(9) Por ejemplo fr. 3. §. 2. D. ibid.

1.° Si al tiempo de contraer se fingió de mayor edad *sui juris*, y el mutuante creyó de buena fé que lo era (1).

2.° Si posee bienes y los administra libremente en cuyo caso se obliga hasta donde alcancen estos bienes, v. gr., si tiene *peculium castrense, quasi castrense, ó peculium adventicium extraordinarium* (2).

3.° Cuando el hijo de familia despues de ser persona *sui juris* reconoce y ratifica expresa ó tácitamente el contrato (3). Ratifica tácitamente la deuda, si despues de ser persona *sui juris* comienza á pagarla ó la garantiza con alguna caucion ó fianza: tambien si entrega una prenda al acreedor que valga menos del crédito, en cuyo caso se obliga en tanto cuanto vale la prenda (4).

§. 698. b. *D. Pecunia trajecticia.*

Hemos dicho que el mutuatario siente cualquier daño ó riesgo que ocurra á la cosa despues que le fue entregada, cuya regla tiene la excepcion en el caso de la *pecunnia trajectitia*. Pecunia *trajectitia* es el préstamo en dinero, destinado á la compra de mercaderias ó géneros que han de transportarse por mar á otro punto. En esta especie particular del mutuo hay dos circunstancias tambien particulares que constituyen la excepcion de la regla general, y son: 1.ª que el mutuante siente el riesgo y peligro de la cosa que constituye el mútuo, desde el dia en que se da á la vela el buque que conduce las mercaderías ó géneros, hasta el en que llega

---

(1) C. 1. C. ibid.
(2) Fr. 1. §. 3; fr. 2. D. ibid.
(3) C. 2. C. ibid.
(4) Fr. 7. §. 16; fr. 9. pr. D. ibid.

al lugar de su destino (1); 2.ª que si bien los intereses no son esenciales á este contrato; pero cuando se convienen, *fœnus nauticum*, pueden ser mas crecidos que los ordinarios, toda vez que el acreedor en recompensa del mayor riesgo que corre y del tiempo puede exigir hasta el doce por ciento (2).

§. 699. II. *Del comodato.*—A. *Nocion.*

El *comodato* (*commodatum*) (3), es un contrato por el cual una de las partes entrega á la otra una cosa no fungible (4) para que se sirva de ella gratuitamente (5) con obligacion de devolver la misma concluido el uso (6). Este contrato se llama tambien préstamo de uso, y el que da la cosa *comodante* (*commodans*), el que la recibe *comodatario* (*commodatarius*).

§. 700. B. *Obligaciones del comodatario.*

El comodatario, como que recibe toda la utilidad del contrato presta tambien toda clase de culpa y es responsable

(1) D. XXII, 2.-C. IV, 33.-nov. 106, 110.
(2) Fr. 4. §. 1. D. ibid.-C. 26. §. 1. C. IV 32.
(3) Paulo II, 4.-§. 2. J. III, 14. (15).-D. XIII, 6.-C. IV, 23.
(4) Fr. 3. §. 6; fr. 4. D. ibid. non potest commodari *quod usu consumitur* nisi forte ad pompam et ostentationem quis accipiat. El objeto del comodato regularmente es una cosa mueble, tambien puede serlo un inmueble, fr. 1. §. 1. D. ibid.
(5) Porque si se promete un precio pasa á ser arrendamiento, §. 2. J, ibid. in fine.
(6) No adquiere, pues, como el mutuatario la propiedad de la cosa, §. 2. J. ibid.-fr. 9. D. XXIII, 6 nemo commodando rem fecit ejus quasi commodat.

del daño que á la cosa ocurra, excepto si proviene del caso fortuito (1): tampoco puede el comodatario emplear la cosa en otros usus que en los convenidos, y si lo hiciera comete un *furtum usu*; y es responsable entonces hasta del caso fortuito (2); concluido el uso debe devolver la misma cosa *in specie* á su dueño, y si hubiera varios comodatarios tiene lugar entre todos la obligacion *in solidum* para responder de la cosa y de los daños que á la misma sobrevenga (3). A el comandante compete la accion *commodati directa* para demandar del conmodatario las obligaciones que contrajo.

§. 701. C. *Obligaciones del comodante.*

El comodante generalmente no está obligado mas que á entregar la cosa al comodatario, á no impedir que éste la use por el tiempo que se convino (4) y á indemnizarle de las impensas y gastos extraordinarios que en la misma haga (5). Solo es responsable de la culpa grave (6), y puede ser obligado por el comodatario al cumplimiento de las obligaciones contraidas por la accion *commodati* contraria (7).

(1) §. 2. J. ibid.-fr. 5. §. 2.-9. D. ibid. Otra cosa sucede cuando media convencion en contrario ó cuando el comodante ha entregado la cosa *sua causa*, fr. 5. §. 10, fr.-12; fr. 18. pr. D. ibid. Tampoco está obligado el comodatario á indemnizar por la desmejora que la cosa haya tenido cuando aquella proviene de un uso regular, fr. 23. D. ibid.
(2) §. 6, 7. J. IV, 1.-§. 2. J. III, 44 (15).-fr. 17. pr. D. ibid.
(3) Fr. 15. §. 15; fr. 6. D. ibid.
(4) Fr. 17. §. 3. D. ibid.
(5) Fr. 18. §. 1, 2- fr. 21, 22, D. ibid.
(6) Fr. 18. pr. §. 3; fr. 22. D. ibid.
(7) Fr. 17. §. 1; fr. 21. pr.; fr 22. D. ibid.

§. 702. III. *Del depósito.—A. Nocion.*

El depósito, (*depositum*) (1), es un contrato por el cual se entrega á otro una cosa para que la guarde gratuitamente (2). El que recibe el depósito se llama (*depositarius*) depositario, el que le constituye ó depone *deponens depositor*, deponente. Cuando el depósito se hace por necesidad se llama *depositum miserabile*, depósito necesario (3).

§. 703. B. *Obligaciones del depositario.*

La obligacion principal del depositario es conservar la cosa; por consecuencia no puede servirse de ella, ni usarla (4), á no ser que se le haya concedido esta facultad, expresa ó tácitamente.

Rigorosamente solo las cosas fungibles pueden ser objeto del depósito: y el depositario, como hemos dicho, no tiene derecho á usar de la cosa; por consecuencia, si el depósito se constituye en cosa no fungible, y el depositario usa de ella, toma el carácter de contrato de arrendamiento ó comodato, segun que el uso de la cosa depositada sea gratuito, ó por cierto precio (5). El depósito de numerario puede convertirse en mútuo en tres casos: 1.° si el depositario pide al deponente, y éste concede el uso del depósito (1): 2.° si el deponente autoriza al depositario para emplear el depósito, y éste usa de la autorizacion (2): y 3.° si el depositario recibió el dinero *ut tantum rederet*; aunque en este último caso, si bien el depositario adquiere tácitamente la facultad de usar de la cosa, no por eso pierde el depósito su naturaleza, y solo lo que hace es variar de nombre, ó sea convertirse en *depositum irregulare* (3).

(1) §. 3. J. III, 14 (15)-D. XVI, 3.-C. IV, 34,-Paulo II.-12. Coll. leg. Mosaic. tit. X.

(2) Fr. 1. pr. D. ibid. Depositum est quod custodiendum aliquid datum est. Tambien se llama *Commendatum*, fr. 186, D. L. 16.

(3) §. 17. J. IV, 6.-fr. 1. §. 1, 3. D. ibid.

(4) §. 6, J. IV, 1.-C. 3. C. IV, 34.

(5) Fr. 1. §. 9. D. ibid.-fr. 76. pr. D. XLVII, 2.

Conservando el depósito su naturaleza, el depositario solo responde de la culpa grave y del dolo, aunque si incurre en este último es notado de infame (4). El depositario está obligado á devolver la cosa al deponente ó persona que éste designe, tan luego como la reclama (5), sin que pueda restringirse esta facultad por pacto ni condicion alguna (6). El deponente puede usar de la accion *depossiti directa*, para exijir del depositario el cumplimiento de sus obligaciones (7).

§. 704. C. *Obligaciones del deponente.*

Marcadas las obligaciones del depositario, falta hablar de las del deponente, debe prestar toda culpa, porque en su favor cede la utilidad del contrato (8). Tambien debe indemnizar al depositario de las impensas y gastos que haya hecho, ya en la conservacion de la cosa, ya en la entrega

(1) Fr. 9. §. 9. D. XII, 1.-fr. 34. pr. D. XVII, 1.

(2) Fr. 1. §. 34. D. XVI, 3.-fr. 10. D. XII, 1.

(3) Fr. 25. §. 1. D. XVI, 3.-fr. 31. D. XIX, 2.

(4) §. 3. J. ibid.-fr. 1. §. 8, 10, 47; fr. 31. D. XVI, 3.-fr. 1. D. III, 2.

(5) Fr. 26. pr. D. XVI, 3.-C. 8. C. III, 42.

(6) Fr. 1. §. 45, 46. D. ibid.-C. XI. pr. C. IV, 34.

(7) §. 3. J. ibid.

(8) Fr. 5. §. 2. in fine. D. XIII, 6.

de la misma (1): el depositario puede pedir en juicio el cumplimiento de este deber por medio de la accion *depossiti contraria* (2).

§. 405. D. *Del secuestro.*

El secuestro es una especie de depósito que tiene lugar cuando se entrega á otro una cosa, ó su administracion, para que cesando la causa por que se constituyó, la devuelva aquel que el juez determine, ó á quien pertenezca; de aqui se deduce fácilmente que el secuestro solo tiene lugar cuando la propiedad de una cosa es litijiosa, ó cuando se duda quién sea dueño de la misma (3). Generalmente, el secuestro es voluntario *(sequestrum voluntarium)* (4), porque se constituye por voluntad del poseedor de la cosa; pero hay casos excepcionales, y motivos ó causas particulares que pueden determinar al juez á acordar el secuestro contra la voluntad del poseedor, y en este caso es necesario *(secuestrum necesarium)* (5); tambien el secuestro puede algunas veces venir á ser otra clase de contrato, lo que sucede, si al que recibe la cosa en secuestro se le concede la administracion y uso de la misma. La accion que nace de este contrato,

(1) Fr. 12. pr.; fr. 23. D. XVI, 3.
(2) Fr. 5. pr. D. ibid.
(3) Fr. 110. D. L, 16.-fr. 5. §. 1: fr. 6; fr. 17; pr. D. XVI 3. fr. 9. §. 3. D. IV. 3. C. IV, 4. La cosa secuestrada puede ser mueble ó inmueble. El secuestro tiene lugar en las cosas litigiosas y en otros casos; v. gr., cuando el marido comienza á disipar la dote. fr. 22. §. 8. D. XXIV, 3.
(4) A causa de la C. un. C. IV, 4.
(5) Por egemplo: fr. 21. §. 3. D. XLIX. 1.-fr. 7. §. 2. D. II. 8. -C. 3 in fine C. VII, 18.-fr. 22. §. 8. D. XXIV, 3.

varía segun que es un verdadero secuestro, ó toma la naturaleza de locacion, ó conduccion, ó de mandato; en el primer caso, produce la accion *depossiti sequestraria*; en el segundo la accion *locati vel conducti*, ó *mandati sequestraria* (1).

§. 406. IV. *Del contrato de prenda.—A. Obligaciones del acreedor.*

El contrato de prenda *(pignus, contractus pignoratitius)* tiene lugar cuando se entrega á un acreedor una cosa en seguridad de su crédito (2). Por el hecho de recibir el acreedor la prenda, queda obligado: 1.° á restituirla tan luego como sea satisfecho de su crédito: 2.° á conservarla con todo cuidado y diligencia (3), sin usar de ella, á menos que no se le conceda esta facultad; usando de ella, sin obtenerla, queda obligado hasta el caso fortuito (4): 3.° el deudor puede exijir del acreedor el cumplimiento de estas obligaciones por medio de la accion *pignoratitia directa*, despues de haberle satisfecho el crédito, y desde cuyo tiempo empieza á prescribirse la accion (5).

§. 407. B. *Obligaciones del deudor.*

El deudor debe pagar íntegra y debidamente su crédito; debe abonar al acreedor las impensas ó gastos que se hayan

(1) Fr. 12. §. 2. D. XVI, 3. fr. 9. §. 3. D. IV, 3.
(2) §. 4. J. III. 14 (15).-D. XIII. 7.-Cód. IV, 24.
(3) Fr. 13. §. 1. D. XIII. 7.-§. 4. J. III, 14 (15),-C. 19. C. VIII, 14.-C. 5. 6. 8. C. IV, 24.
(4) §. 6. J. IV, 1.-fr. 11. §. 1. D. XX, 1.-fr. 8. D. X, 2.
(5) Fr. 9. §. 3, 5. D. XIII, 7.-C. 10, 12, C. IV, 24. X

causado en la conservacion de la cosa, y las mejoras que en la misma haya hecho siempre que sean necesarias (1), presta el dolo y la culpa (2), y dando en prenda la cosa agena sin permiso de su dueño, por este hecho doloso queda obligado al pago de los intereses (3); finalmente, la accion que compete al acreedor, para pedir el cumplimiento de estas obligaciones, se llama *actio pignoratitia contraria* (4).

B. CONTRATOS INNOMINADOS.

§. 408. I. *Nocion de los contratos innominados.*

Ademas de los contratos reales, de que hemos hablado hasta aqui, hay otros varios que tambien se perfeccionan con la tradicion de la cosa, y á los que la legislacion romana no da nombre particular; y los que como carecen de nombre, no tienen tampoco accion propia, sino es solamente una accion *prescriptis verbis*, á los que llamamos hoy contratos innominados (5). En estos contratos el actor no exije, por lo que él ha dado ó ha hecho, una prestacion determinada de parte del reo, por que se contrae, bajo la fórmula general de *presto ut prestes*, ó segun el jurisconsulto Paulo bajo las cuatro siguientes: *dó ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias* (1), cuyas fórmulas pueden sufrir diversas modificaciones, y tener tambien por causa la omision de un hecho (2). Estos contratos no producen obligacion ni accion, hasta que una de las partes ha dado ú hecho lo que prometió dar ú hacer.

(1) Fr. 8. pr. D. XIII, 7.-fr. 25 ibid.-C. 7. C. IV, 24.
(2) Arg. §. 4. J. III, 14 (15), *quia signus utriusque gratia datur et debitoris et creditoris.*-fr. 1. §. 2. fr, 31; fr. 36. D. XIII, 7. Excepto en el caso en que la cosa se da en prenda por un tercero, pues en él no se presta mas que el dolo y la culpa lata. Arg. §. 4. J. cit.-fr. 5. §. 2. D. XIII, 6.
(3) Fr. 9. pr.; fr. 16. §. 1; fr. 32; fr. 36. §. 1. D. XIII, 7.
(4) §. 8. pr, D, XIII, 7.
(5) Dig. XIX, 5.-Cód. IV, 64.

§. 409. II. *Naturaleza de los contratos innominados.*

Una cosa notable ofrece la legislacion romana en los contratos innominados, que se constituyen por la dacion ó prestacion de una cosa; y es que de derecho admiten un *jus pœnitendi*, es decir, que aquel que dió á otro una cosa mediante la obligacion en que éste se habia constituido de prestarle otra, transcurriendo largo tiempo, sin cumplirse esta obligacion, elije entre exijir su cumplimiento por medio de la accion *prescriptis verbis*, ó rescindir el contrato, y obtando por la rescision, puede repetir lo que habia dado por la *condictio causa data, causa non secuta*, ó como tambien se nombra *condictio ob causam datorum* (3).

§. 410. III. *Especies de contratos innominados.*—A. *del cambio.*

Entre los contratos innominados debe hacerse particular mencion de los siguientes:

El contrato de cambio, por el cual se da una cosa en

(1) Fr. 5. pr. D. XIX, 5.
(2) Fr. 13. fr. 17 D. XIX, 5.
(3) D. XII, 4.-fr. 3. §. 2. fr. 5. pr. §. 3, 4. D. ibid.-fr. 5. §. 1, 2. fr. 7. D. XIX, 5.-fr. 1. §. 4. D. XIX. 4.-C. 1. C, V. 14.

cambio de otra (1); este contrato tiene grande afinidad con el de venta, y se rige por los mismos principios (2), á excepcion de que basta la tradicion, para conferirse la propiedad, sin embargo que el que recibe la cosa, no haya dado lo que prometió (3). Hay otra diferencia mas, y es, que en el cambio cada uno responde de la propiedad de la cosa que da, y hace al otro verdaderamente propietario de la misma, mientras que en la venta el vendedor no vendiendo á sabiendas la cosa de otro, no es obligado sino es desde el momento en que el comprador es despojado de la cosa comprada (4).

§. 411. B. *Del contrato de estimacion.*

El contrato de estimacion *contractus æstimatorius* es por el que se da á otro una cosa para que la venda en cierto precio, á condicion de que entregue éste ó aquella (5). El revendedor no adquiere la propiedad de la cosa, pero responde de los riesgos y peligros que á la misma ocurran, bien haya prometido entregar el precio que se fijó, bien haya solicitado de otro le entregára la cosa para revenderla (6), y solo presta el dolo y la culpa (7). La accion *præscriptis verbis*, por la que se reclama la ejecucion de este contrato, debe ir acompañada de la palabra *æstimatoria* ó de *æstimato* (8).

(1) D. XIX, 4. C. IV, 64.-fr. 5. §. 1. D. XIX, 5.
(2) C. 2. C. IV, 64.
(3) C. 4. C. ibid.
(4) Fr. 1. pr. §. 1, 3. D. XIX, 4.-fr. 5. §. 2. D. XIX, 5.-C. 1. C. IV, 64.-C. 29. C. VIII, 45.
(5) D. XIX, 3.
(6) Fr. 5. §. 3. D. XIII, 6.-fr. 1. §. 1. D. XIX, 3.
(7) Fr. 17. §. 1 D. XIX. 5.
(8) Fr. 1. pr. D. XIX. 3.

§. 412. C. *Contractus sufragii.*

El *contractus sufragii* es aquel por el que se da alguna cosa á un cortesano, en retribucion de su influencia, cerca del príncipe. Este contrato es permitido en todos aquellos casos en que la persona que recibe no está obligada por su oficio á gestionar ú obrar en el negocio, que es objeto del contrato, y cuando no versa sobre nombramiento de algun empleado público (1).

III. VERBORUM OBLIGATIO.

§. 413. *De la estipulacion.*

La *verborum obligatio* que se constituia mediante una fórmula, ó mas bien por ciertas palabras solemnes, que expresaban la voluntad de los contrayentes (*solemnibus verbis obligatio, verbis contrahitur*), era de tres especies en el antiguo derecho romano; *dictio dotis*, (§. 820) *promissio operarum jurata á liberto facta* (2), y la estipulacion general: por el derecho justinianeo solo quedó esta última (3). Estipulacion es toda convencion que se constituye mediante la demanda verbal de una prestacion, ó de un hecho determinado, y la respuesta afirmativa dada tambien de palabra inmediatamente, y en relacion con la pregunta (4). Las es-

(1) C. ún. C. IV, 3.-Nov. 8. c. 1.-Nov. 161. c. 2.
(2) D. XXXVIII, 1.-C. VI, 3.
(3) Gajus III. §. 92.-127. III, 15, (16); 19, (20).-D. XLV, 1.-C. VIII, 38 y 39.
(4) Pr. §. 1. J. III, 15, (16).-fr. 1. §. 7. D. XLIV, 7.-fr. 1. pr. D. XLV, 1.-C. 10. C. VIII, 38,

tipulaciones eran tanto mas frecuentes é importantes entre los romanos, cuanto que la simple promesa no producia accion alguna, si no se habia hecho con las formas de la extipulacion. De las extipulaciones nacia la accion *extipulata*, cuando el objeto de ellas era incierto; y la *condictio certi* (2) cuando era cierto ó determinado.

IV. LITERARUM OBLIGATIO.

§. 414. I. *Idea de la obligacion literal.*

Asi como el fundamento de la obligacion *verbal* era cierta fórmula de palabras, asi el de la obligacion *literal* es una fórmula escrita, *contrahitur literis obligatio.* En derecho antiguo formaban parte de las obligaciones literales el *nomina facere et transcribere* en los libros de familia y la *syngrapha.* El derecho Justinianeo no cuenta esta clase de obligaciones entre las literales; sin embargo, tienen con la obligacion literal del nuevo derecho, de la que difieren, los caracteres siguientes: no basta la simple entrega de un guirógrafo (*cautio sive chirographum*), para constituir una obligacion, si no es que ha de haber traslacion ó entrega del objeto de la obligacion (*numeratio sive datio*). La accion que el acreedor quirografario ejercita para repetir su crédito, puede rechazarla el deudor, con la excepcion *non numerata pecuniæ*; es decir, con la negativa de haber recibido la cantidad de que por escrito se confiesa deudor; pero esta excepcion solo puede oponerse dentro de cierto tiempo, pasado el cual no aprovecha, y existe ya una obligacion literal, haya ó no

---

(2) Pr. J. III, 15, (16).-fr. 74. D. XLV, 1.-fr, 9, 24. D. XII, 1.

recibido el deudor la suma ú objeto del vale. Tal es la obligacion literal que reconoce el derecho Justinianeo, y la accion que produce, se llama *condictio exchirographo* (1). La denominacion de *contrato literal*, ó contrato quirografario (*contractus chirographarius*), que la dan los modernos, es muy impropía.

§. 415. II. *Casos en que interviene la obligacion literal.—A. Del préstamo.*

La obligacion literal, tal como existe por derecho nuevo, tiene lugar en el contrato de muto. Efectivamente, el que por un vale se reconoce deudor de otro en una suma determinada que recibió del mismo, no puede ser reconvenido durante dos años, en virtud del mismo vale por la *actio mutui*; si dentro de este tiempo lo fuera, puede oponer la excepcion *non numeratæ pecuniæ*; y como esta excepcion realmente no es mas que una *litis contestacion* negativa, al acreedor incumbe probar por otros medios que entregó el dinero (2); asi, pues, el deudor, si no lo recibió ó firmó el quirógrafo *donandi animo*, puede en los dos años demandar la nulidad ó ineficacia del vale por la accion *condictio sine causa* (3). Transcurrido este tiempo, que en el menor principia á correr desde que cumplió la mayor edad, el que suscribió el vale, queda obligado al pago de la suma, de que en el mismo se confiesa deudor, porque la obligacion no nace aqui de la cosa, sino es del quirógrafo (*non re*

---

(1) Vide Inst. III, 21, (22).-C. IV, 30.
(2) C. 3, 4, 13. C. IV, 30.-Auth. *contra* C. ibid.-Auth. *Si quis vult.* C. VIII, 18.
(3) C. 7, 14. §. 4. C. IV, 30.-C. 4. C. IV, 9.

sed literis obligatur), y poco importa haya ó no recibido dicha suma, pueda ó no probar la excepcion *non numeratæ pecuniæ*, que fuera ya del tiempo marcado, no es admisible (1).

§. 416. B. *En el caso de la dote.*

Tambien se presenta la obligacion literal en el caso de que la dote haya sido prometida y no entregada *(dos cauta sed non numerata)*. Ciertamente el marido que por un acto matrimonial *(instrumentis dotalibus)*, ó por un quirógrafo confiesa haber recibido una dote que no le entregaron, puede, y tambien su heredero, en el caso de que esta dote le fuere reclamada, oponer á la accion de restitucion la excepcion *dotis cauta sed non muneratæ*, cuyo derecho tiene por un año, si el matrimonio duró menos de dos; por tres meses si duró mas de dos, pero menos de diez, pudiendo ademas, durante este tiempo, repetir la devolucion ó cancelacion del instrumento ó quirógrafo. Transcurridos estos tiempos, asi como si durando el matrimonio mas de los diez años, el marido y su heredero no tienen derecho á intentar la *querella*, ni oponer la excepcion *dotis cautæ sed non numeratæ*, quedando obligados á la restitucion de la dote, que por escrito confesó haber recibido, y por consecuencia *literis obligatur.*

Si cuando se celebró el matrimonio el marido era menor de edad, la ley proroga el tiempo para intentar la *querella*, ú oponer la *exceptio non numeratæ pecuniæ*, á dos años mas, es decir que tiene doce años; si durante este tiempo muriera, su heredero de mayor edad, puede tambien utilizar la excepcion por un año, y por cinco si fuera menor de edad.

(1) J. III, 21, (22) in fine.-C. 8, 14. pr. C. IV, 30.

TITULO II.

DE LOS PACTOS (1).



§. 417. *Nocion de los pactos.*

Los pactos (*pacta*) eran entre los romanos unas convenciones que no teniendo causa civil producian solo una obligacion y una excepcion, jamas una accion, *quæ non habent causam civilem* (2); posteriormente adquirieron muchos pactos fuerza obligatoria, ó lo que es lo mismo se equiparon con las obligaciones civiles, y de aqui la division de *pacta nuda* que solo producen una excepcion, y *pacta non nuda sive vestita* que producen accion. El derecho civil prohibió tambien ciertos pactos, y de tal modo sancionó su nulidad é ineficacia que no solamente no producian excepcion sino es que por la *condictio in debiti* podia repetirse lo pagado, (§§. 742, 743). A los pactos que producen accion pertenecen los *pacta adjecta*, *los pacta legitima y los pacta prætoria.*

(1) D. II, 14.-Cod. 11. 3.

(2) Fr. 7. §. 4. D. 11, 14: Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. Cf. fr. 41. ibid.-§. 3, 7. J. IV, 13.-fr. 13. 19. pr. D. XII, 6.-C. 5, C. IV, 31.-C. 10. C. II, 3.

I. PACTA ADJECTA.

§. 418. 1. *Nocion.*

Los *pacta adjecta* eran en derecho romano convenciones añadidas á los contratos de buena fé *(contractus bonæ fidei)* en el momento en que se concluian, formaban parte del mismo contrato, y su cumplimiento se exigia por la accion nacida de aquel (1). Los pactos añadidos sirven ó para modificar las consecuencias que se derivan de la naturaleza moral del contrato, *(detrahitur contractus)* ó para determinar puntos que no serian una consecuencia general de la misma, *(adjicitur contratui)* (2).

§. 419. *Especies de pactos añadidos á los contratos.*

Entre las convenciones accesorias que modifican los contratos se cuentan:

1.° El *pacto promiteseos* por el cual el vendedor de una cosa se reserva el derecho de volverla á adquirir por el tanto en el caso que el comprador la enagene, y con tal que ofrezca el mismo precio, y las mismas condiciones que otro (3).

2.° El pacto de *retrovendendo*, *pactum de retrovendendo* por el cual el vendedor de una cosa se reserva la adquisicion de la misma, durante ó despues de cierto tiempo mediante la devolucion del precio que recibió (4).

---

(1) Fr. 7. §. 5. D. II, 14.-C. 10, 13 C. 11, 3.-C. 2. C. IV, 54.
(2) Fr. 7. §. 5, 6. D. II, 14.-fr. 72. pr. D. XVIII; 1. De aqui la regla pacta dant legem contractui.
(3) Fr. 75. D. XVIII, 1. fr. 21. §. 5. D. XIX, 1.
(4) Fr. 12. D. XIX, 5.-C. 2. C. IV, 54.

3.° El *in diem adictio* que es el pacto por el que el vendedor de una cosa cuya enagenacion contrae con otro, se reserva por cierto tiempo el derecho de enagenarla á otro que le ofrezca mayor precio por la misma (1).

4.° El *pactum reservati dominii, ó revertæ hipotecæ*, que es aquel por el cual el que vende una cosa á crédito se reserva la propiedad de la misma hasta que sea satisfecho del precio, ó para garantir éste, hace que quede hipotecada la misma cosa.

5.° El *pactum de non prestanda evictione* por el cual el vendedor se liberta de prestar la eviccion (2).

6.° El *pacto commissorio*, *pactum commissorium ó lex commissoria*, que es una convencion en virtud de la cual uno de los contrayentes queda libre de su obligacion si el otro no cumple la suya en una época determinada (3). Este pacto puede unirse á todos los contratos excepto al de prenda en el cual está prohibido.

7.° El *pactum displicentiæ* por el cual alguno de los contrayentes, ó los dos se reservan durante cierto tiempo el *jus penitentiæ* (4).

8.° El *anticresseos* que tiene lugar en el contrato de prenda y del que ya hemos hablado.

9.° El *pactum de non allienando* por el cual se prohibe al que adquiere una cosa; la enagene á persona determinada.

---

(1) D. XVIII, 2.
(2) Fr. 11. §. 18. D. XIX, 1.
(3) D. XVIII, 3. Cod. VIII, 35.
(4) Fr. 3. D. XVIII, 1.

II. PACTA LEGITIMA.

§. 420. *Nocion de los pactos legítimos.*

Los *pactos legítimos*, *(pacta legitima)* eran convenciones á las cuales por excepcion añadió una accion el derecho civil de los emperadores (1). Entre otras convenciones se cuentan en el número de los pactos legítimos la donacion *(pactum donationis)* y la promesa de dote hecha por simple pacto.

§. 421. *De la donacion.—A. Idea y especies de donacion.*

La donacion *(donatio)* es una liberalidad por la cual alguno sin obligacion transfiere á otro que la acepta la propiedad de una cosa (2); *est liberalitas nullo jure cogente in accipientium facta.* En la donacion intervienen dos personas, el donante (*donans donator*) y el donatario (*donatarius*), la donacion se divide en donacion entre vivos (*inter vivos*), y donacion por causa de muerte, (*donatio mortis causa*), segun que ella es inmediatamente irrevocable, ó no lo es hasta la muerte del donante, ó de un tercero (3). En este lugar solo corresponde tratar de la donacion entre vivos reservándola por causa de muerte para el §. 1037.

(1) Fr. 6. D. 11, 14. *Legítima* Conventio est quæ lege aliqua confirmatur: et ideo interdum ex pacto actio nascitur, vel tollitur quoties lege vel senatus-consulto adjuvatur. No se habla aqui de los pactos legítimos que extinguian una obligacion ipso jure.

(2) §. 1. J. II, 7.-fr. 1. pr.; fr. 29, D. XXIX, 5. Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur.-fr. 38. D. XVIII, 1.

(3) §. 1, 2, 7, 11, 7. fr. 30. D. XXXIX, 6.

§. 422 B. *De la donacion entre vivos* (1).—1. *¿Quién puede hacer y aceptar una donacion entre vivos?.*

La donacion entre vivos pueden hacerla todas las personas que tienen la libre disposicion de sus bienes, y aceptarla, aquellos que pueden adquirir libremente, siempre que el donante y donatario no sean una misma persona en derecho, v. gr., el padre y el hijo de familia (2).

§. 423 . *¿Qué cosas pueden donarse?*

Cuanto puede adquirir el donatario y le es útil, puede ser objeto de la donacion (3), asi que puede donarse la propiedad de una cosa (4), los derechos reales (5), los personales, los créditos (6), la liberacion de una deuda (7) y la reunion de los derechos adquiridos ó litigiosos (8). Tambien puede ser objeto de una donacion, todo el patrimonio del donante; pero cuando asi se hace solo es efectiva ó válida en lo que queda despues de pagadas las deudas (9). La

(1) Paul. Sent. rec. V. 11.-Cod. Theod. VIII, 12. Inst. II, 7.- D. XXXIX, 5.-Cod. VIII, 54-56.

(2) Fr. 1. §. 1. D, XLI, 6. Esta regla sufre muchas excepciones desde que se instituyeron los peculios. C. 4. C, III, 36.-C. 6. §. 2. C. VI, 61.-fr. 31. §. 2. D. XXXIX, 5. C. 17. pr. C. VIII, 84.-C. 25, C. V. 16.

(3) Fr. 9. §. 3. D. XXXIX, 5.

(4) La donacion de una cosa de otro solo produce un título para usucapirla, fr 2. 3. D. XLI, 6.-fr. 13. pr. D. XXXIX, 6.

(5) Fr. 9. pr. fr. 28. D. XXXIX, 5.

(6) Fr. 2. §. 2. fr. 35. §. 3. D. XXXIX, 5.-C. 22. C. IV, 35 Si autem *per donationem* cessio facta est. C. 23. ibid.

(7) Fr. 17. fr. 23 pr. D. XXXIX, 5.-fr. 1. D. II, 15.

(8) Fr. 5. §. 13-15. D. XXIV, 1.

(9) Fr. 72. D. XXIII, 3.-fr. 12. D. XXXIX, 5.-fr. 33. D. L. 16

donacion de todos los bienes *donatio omnum bonorum*, no sirve jamas de base para una sucesion universal, asi que el donatario no puede nunca ser reconvenido inmediatamente por las deudas del donante.

§. 424. *Especies de donacion entre vivos.*

La donacion es pura, *donatio mera*, cuando se funda solamente en la liberalidad del donante (1); onerosa *(donatio non mera)* cuando el donatario se obliga á alguna prestacion, remuneratoria, *(donatio remuneratoria)* cuando se hace en compensacion de servicios ó beneficios recibidos (2); *submodo*, en fin, cuando se hace con la intencion de conseguir un objeto (3); una y otra son frecuentemente actos bilaterales.

§. 425. *De la forma de la donacion.*

Por el antiguo derecho el simple pacto de donacion no producia accion alguna, pues para que fuera válida y tuviera todos los efectos legales habia de hacerse con las fórmulas de la estipulacion, ó se habia de consumar. La ley *Cincia* (a. 550) prohibió tambien las donaciones que escedieren de cierta suma, salvo el caso de que se hicieran en favor de próximos parientes (4).

---

(1) Fr, 1. pr.: fr. 29. pr. D. XXXIX, 5.
(2) Fr. 27. fr. 34. §. 1. D. ibid.-fr. 6. pr. fr. 7. D. XVII, 1. fr. 12. §. 2, 3. D. XXVI, 7.
(3) C. 9. 22, C. VIII, 54.-C. 8. C. IV, 64.-C. 1. C. VIII, 55. C. 2, 6. C. IV, 6.
(4) Sobre el antiguo derecho especialmente sobre la ley *Cincia*, vide Fragm. vaticana, §. 263, 302-311.

Por derecho nuevo, las constituciones de los emperadores hicieron depender la validez de las donaciones de muchas solemnidades, pues que ya era necesario reducirlas á escrito y á hacerlas en presencia de cierto número de testigos, y finalmente insinuarlas en las actas públicas; pero este derecho sufrió varias modificaciones (1).

Justiniano ordenó, en fin, que el simple pacto de donacion produjera una accion, y que la insinuacion no fuese necesaria sino es cuando la cantidad donada excede de 500 sueldos (*solidi*), bajo pena de nulidad en todo aquello que exceda de esta suma, y concediendo al donante el derecho de repetir por la *condictio indebiti* (2), lo que hubiera dado. Hay sin embargo donaciones que, excediendo de la cantidad marcada en la ley, son válidas aunque no se insinúen. Tales son las hechas con el fin de redimir cautivos, ó con el de reedificar las casas arruinadas (3), y las que se hacen al príncipe y princesa, y las que estos hacen (4). Tambien las hechas por causa de muerte, se sostienen como legado (5), y finalmente la donacion hecha por causa de matrimonio *donatio propter nuptias* (6); pero las donaciones remuneratorias deben siempre insinuarse (7).

---

(1) Sobre el derecho nuevo, vide Fragm. vaticana §. 249.-C. 1. C. Th. III, 5.-C. 1. C. Th. VIII, 32.-C. 25-23. C. VIII, 54.
(2) Sobre el derecho Justinianeo vide §. 2, 7, 11, 7.-C. 34.-37. C. VIII, 54. Nov. 52. c. 2. Nov. 162. c. 1.
(3) C. 36. pr. §. 2. C. VIII, 54. No sucede asi con las donaciones *ad pias causas* en general. C. 19. C. 1, 2.
(4) C. 34. pr. C. VIII, 54.-Nov. 52, c. 2.
(5) C. últ. C. VIII, 57.
(6) Nov. 119. c. 1. La omision de la insinuacion no perjudica á la muger, pero puede perjudicar al marido. Nov. 127. c. 2.
(7) La mayor parte de los autores piensan que estas no se hallan sujetas á la insinuacion.

§. 426. *Efectos de la donacion entre vivos.*

La donacion entre vivos cuando no se ha consumado produce en favor del donatario; ó mas bien éste tiene para demandarla, *actio estipulatio*, cuando la donacion fue acompañada de estipulacion y la *condictio ex lege* 35, §. último. C. *donationibus* (VIII, 54) (1), sino lo fue. El donante sin embargo goza del beneficio de no poder ser reconvenido en mas de lo que tiene *nisi in quantum facere potest* y de no pagar interés (2). Tampoco está obligado á la eviccion á no ser que asi lo haya prometido, ó que á sabiendas haya donado la cosa agena con perjuicio del donatario (3).

§. 427. *Causas de revocacion.*

Por regla general la donacion entre vivos es irrevocable, sin embargo que esta regla en las donaciones puras sufre las excepciones siguientes (4):

1.° Cuando excede de la porcion de que el donante puede disponer y afecta por consecuencia á la legítima de aquellos que tienen derecho á ella; *(donatio inoficiossa)* (5), de-

(1) §. 2. J. II, 7.-C. 35. §. últ. C. VIII, 54.-Nov. 162, c. I. Pero el donatario solo adquiere por la tradicion la propiedad de la cosa donada. C. 28, C. 11, 3.-§. 40, *in fine*. J. II, 1.

(2) Fr. 12, fr. 22, fr. 23. pr. §. 3. D. XXXIX, 5.-fr. 19. §. 1. fr. 30, 49, 50. D. XLII, 1.

(3) C. 2. C, VIII, 45.-fr. 18. §. 3. D. XXXIX, 5.-Cf. fr. 62. D. XX, 1.

(4) Porque ninguna de estas causas autoriza la revocacion de las donaciones remuneratorias, fr. 25. §. 11. D. V, 3,-fr. 27. fr. 34 §. 1. D. XXXIX, 5-fr. 54. §. 1. D. XLVII, 2.

(5) Fr. 87. §. 3, 4. D. XXXI.-Cod. Theod. 11, 20. Cod. Just III, 29.-Nov 29.-Nov. 92.

terminando la porcion por la cantidad de bienes del donante al tiempo en que hizo la donacion. Todos los que tienen derecho á la legítima pueden solicitar se rescinda la donacion *inoficiossa*; pero no el donante, y la rescision tiene lugar en tanto en cuanto escede de la legítima del actor (1).

2.° El donante puede revocar la donacion en los casos siguientes: cuando el donatario es ingrato para con él, v. g. injuriándole gravemente de palabra ó de obra, si le causa dolosamente una grande pérdida en sus intereses, si atenta contra su vida, y sino cumple las obligaciones que la donacion le impuso (2): en todos estos casos puede el donante y no su heredero revocar la donacion (3); pero solo tiene por la ley una accion personal, para repetir las cosas donadas, no los frutos que de las mismas haya percibido el donatario (4); finalmente el donante puede revocar la donacion que hizo de todos ó de la mayor parte de sus bienes, en caso de que habiéndola hecho cuando no tenia sucesion le vino ésta despues.

§. 428. *Pactum de dote constituenda.*

Por derecho romano antiguo no habia accion para pedir la constitucion de una dote prometida, sino es cuando la

(1) No han estado nunca conformes los autores en la cantidad que el actor debia recibir para no tener el derecho de entablar esta accion. Pero cualquiera que esta fuese, la querela inofficiosæ donationis no puede intentarse sino despues de la muerte del donante.

(2) C. 10. C. VIII, 56. Este derecho de revocacion por causa de ingratitud sufre algunas restricciones: vide C, 7. Cod. ibid.

(3) El donante puede revocar la donacion por ingratitud no solo contra el donatario, sino tambien contra sus herederos.

(4) Vinnius Quæst. sel. II. 5. Por esta misma razon cesan tambien los *jura in re* concedidos á un tercero.

promesa se habia hecho por estipulacion ó por *dictio dotis*; pero el derecho nuevo dió accion al simple pacto *de dote constituenda* y aun á la *pollicitatio dotis* (1).

PACTA PRETORIA.

§. 429. A. *Del constituto.*

Los pactos pretorios, *pacta pretoria* son convenciones á las cuales el pretor por su edicto concedió accion (2). A estos pactos pertenecen el constituto, *constitutum debiti sive pecuniæ*, que es una convencion por la cual se promete el pago de una deuda contraida (3). Si la deuda se ha contraido por el que hace la promesa, la convencion toma el nombre de *Constitutum pecuniæ propiæ*, si por un tercero, *constitutum pecuniæ alienæ* (4), aquella producia entre los romanos la ventaja de que la promesa, que desde luego era ineficaz, podia demandarse su cumplimiento ex *constituto*, la segunda era una especie de mediacion de que hablaremos al §. 740, la accion que nace del constituto se llama *pecuniæ constitutæ actio* (5).

§. 430. B. *Del pacto precario* (6).

El *pacto precario* (*precarium*) es una convencion por la

(1) C. 3, 4, C. Th. III, 12.-C. 6. C. V. 11.-C. 25. C. IV, 29.
(2) §. 1. J. III, 13, (14)-§. 3. J. IV, 6. *El receptum arbitrii* (§. 733) y el pacto *de jurejurando extrajudiciali* (§. 734) pertenecen igualmente á los pactos pretorios.
(3) §. 8, 9. J. IV. 6.-D. XIII. 5.-C. IV. 18.
(4) Fr. 5, §. 2. D. ibid.-C. 1. C. IV. 18.
(5) Paul. Sent. recep. II, 2.-§. 8. J. IV. 6.
(6) Paul. V. 6.-Dig. XLIII, 26.-C. VIII, 9.

cual una persona concede á otra gratuitamente y por tiempo indeterminado el uso de una cosa ó el ejercicio de un derecho (1). El que recibe la cosa que únicamente responde del dolo y de la culpa (2), adquiere generalmente por este hecho la verdadera posesion de la misma, á menos que no se haya pactado lo contrario (3). El que la dá, puede pedirla en cualquier tiempo del mismo modo que si hasta aquel dia se hubiera pactado (4); y la ley le concede en caso de oposicion el interdicto de *precario*, ó una accion *prescriptis verbis* (5). El pacto de precario hecho por tiempo determinado se prolonga tácitamente, si transcurrido el tiempo no se demanda la cosa, pero se extingue siempre por la muerte del tenedor de la misma á menos que no se haya prorogado expresamente (6).

§. 431. *Del receptum de los efectos de un viajero* (7).

El posadero y el capitan ó patron de nave que reciben en su posada ó buque, por sí ó por medio de sus dependientes los efectos de un viajero contraen por este solo hecho, segun la disposicion del edicto del Pretor, la extricta obligacion de responder de todo el daño que ocurra á los efectos mientras esten dentro de la posada ó nave, provenga aquel de ellos mismos, de sus dependientes ó de un ter-

(1) Fr. 1. pr. fr. 2. §. 3. fr. 3. fr. 6. §. 4, D. XLIII, 26.
(2) Fr. 8. §. 3 D. XLIII, 26.
(3) Fr. 4. §. 1. D. XLIII, 26.-fr. 33. §. 6. D. XLI, 3.-fr. 10. pr. §. 1. D. XLI, 2.
(4) Fr. 12. pr. D. XLIII, 26.
(5) Fr. 1. pr. fr. 2. §. 2. ibid.
(6) Fr. 4. §. 4. fr. 12. §. 1. D. ibid.
(7) D. IV. 9.

cero. Tambien responde del valor de los efectos si fueren robados, pero no si perecieran por daño fortuito ó por causa interior de los mismos. La accion que nace de este contrato se llama *actio infactum de recepto* (1), cuya accion por analojia se aplica hoy á los carruageros y trajineros encargados de los transportes.

TITULO III.

DE LAS TRANSACCIONES.



§. 432. A. *De la transaccion* (2).

Transaccion en su sentido mas lato es un acomodamiento que hacen dos ó mas personas sobre un derecho litigioso entre ellas ó al menos incierto, con el fin de hacer cesar el litigio ó la incertidumbre (3).

Transaccion en su sentido extricto *transactio* es una convencion por la cual dos ó mas personas fijan un derecho litigioso entre las mismas, ó al menos dudoso ó incierto (4): de tal modo que cada una cede en favor de la otra una parte de sus pretensiones (5). Respecto á los efectos de la transaccion por derecho romano, habia que examinar si se hizo ó no por estipulacion; en el primer caso era obligatoria en un todo, y su cumplimiento se demandaba por la accion *ex estipulatu*, cuya accion servia tambien para hacer eficaz la cláusula penal puesta para el caso en que una de las partes faltára á lo convenido. En el segundo caso, el que habia cumplido por su parte el convenio convirtiéndole asi en un contrato innominado §. 708, tenia una accion *prescriptis verbis* para obligar al otro á que tambien cumpliera (1). Si no habia ni estipulacion ni ejecucion por ninguna de las partes, la transaccion como simple pacto, no producia accion alguna, y sí solo una excepcion (2). En la transaccion puede haber error, ya en un hecho litigioso ó dudoso, ya en un hecho cierto para las partes; en el primer caso, el error no afecta al contrato, en el segundo le hace nulo (3), igualmente las partes que transijen deben asegurarse mutuamente la eviccion de lo que la una da á la otra, al menos que alguna de ellas satisfecha por la otra no le haya cedido sus derechos sobre la cosa ligitiosa, y haya sido asegurada de eviccion por un tercero, en cuyo caso le queda el recurso de repetir contra su causante ó actor (4).

§. 433. B. *Del compromiso.*

El compromiso es una convencion, por la cual dos ó

---

(1) Fr. 3. §. 1.-5. D. ibid.
(2) Cod. Theod. II. 9.-D. II. 15.-Cod. II. 4.
(3) La transaccion en este sentido comprende tambien el *compromiso* y el *pacto del juramento extrajudicial.*
(4) Toda transaccion supone algo incierto ó dudoso, fr. 1. D. II. 15. Por esto despues de dada sentencia (*post rem judicatam*) no se puede celebrar transaccion sobre la cosa juzgada, fr. 23. §. 1. D. XII. 6.-C. 32. C. II, 4.-fr. 207. D. L. 17.
(5) Fr. 1. D. II. 15.-C. 38, C. II, 4.-C. 3. C. VI, 31.

(1) Fr. 16. D. II. 15.-C. 16, 17, 20, 33, 37, 38, C. II. 4.
(2) C. 21. C. II. 3.-C. 9. 24, 28.-C. II. 4.
(3) C. 10. 42. C. II, 4. Los mismos principios sirven para resolver la cuestion de que hasta que punto se toma en consideracion en la transaccion la lesion en mas de la mitad del justo precio.
(4) C. 33. C. II. 4.

mas personas se obligan mútuamente á someter la decision de un litigio que entre sí tienen al juicio ó fallo de un tercero, que se llama *árbitro (arbiter)* (1), y cuyo efecto es obligar á ambas partes á estar, y pasar por la decision del árbitro *(arbitrum)* ó *laudum*. Generalmente el derecho romano exijia como condicion del compromiso, que las partes se garantizasen recíprocamente por una estipulacion penal *(estipulatio penœ aut compromissœ pecuniœ)*, el cumplimiento de la decision arbitral, y concedia la accion *extipulatu*, para pedir que á la parte que reusaba ejecutar el juicio arbitral, se condenase al pago de la pena (2); pero posteriormente Justiniano concedió en casos determinados una accion *in factum*, para demandar el cumplimiento del compromiso, aunque no tuviera estipulacion penal (3). El compromiso comprende el *receptum arbitrii*, ó el convenio de las partes litigantes con el árbitro, por el cual éste promete examinar y decidir el litigio *recipit arbitrium*. La promesa tambien puede ser ejecutada por el juez, valiéndose al efecto de la imposicion de una multa, ó pena pecuniaria, contra aquel que se niegue á estar y pasar por lo convenido (4).

§. 434. B. *del pacto del juramento extrajudicial.*

El pacto de juramento extrajudicial *(pactum de jure jurando extrajudiciali)* es la promesa hecha entre dos personas de someter la decision de su litigio al juramento extra-

(1) Dig. IV, 8.-Cód. II, 56.
(2) Fr. 2; fr. 11. §. 1.-4; fr. 13. §. 1. fr. 38. D. IV, 8.
(3) C. 1.-5. C. 11.-56.-Nov. 82. c. 11.
(4) Fr. 3. §. 1, 2; fr. 9. §. 3, 4, 5; fr. 10; fr. 11 pr.; §. 1; fr. 15; fr. 32. §. 12. D. IV, 8.

judicial, que preste una de ellas (1). Si el que presta el juramento, afirma por él su pretension, puede proseguirla por medio de la accion que nace del derecho pretorio, sin que tenga posteriormente necesidad de probar su derecho (2); si por el contrario jura la libertad de una pretension del contrario, puede oponer á la accion de éste la excepcion *juris jurandi* (3). La dispensa del juramento produce los mismos efectos que su prestacion (4), y la negativa á prestarle, anula la convencion (5).

TITULO IV.

DE LAS CONVENCIONES PARA GARANTIA.

§. 435. *Nocion y especies.*

Las convenciones para garantir son aquellas, cuyo objeto es generalmente asegurar al acreedor el pago de su crédito: tales son la cláusula penal, la dacion de arras, el contrato de prenda, el pacto de hipoteca *pactum hipotecœ* y toda especie de intervencion, de que nos ocuparemos aqui solamente.

§. 436. *De la intercesion.—A. Nocion y especies.*

La intercesion tiene lugar generalmente, cuando alguno

(1) Paul. Sent. rec. II, 1.-§. 11. J. IV, 6.-D. XII, 2.-Cód. IV, 1.
(2) §. 11. J. IV, 6.-Cf. fr. 5; fr. 9. §. 1. fr. 11. §. 3; fr. 13. §. 2, 5; fr. 28. §. 10. D. 12, 2.
(3) §. 4. J. IV, 13.-fr. 9. §. 1. D. XII, 2.
(4) Fr. 6; fr. 9. §. 1. D. ibid.
(5) Fr. 5. §. 4. D. ibid.

sin estar obligado por derecho, toma á su cargo, ó promete al menos responder de la deuda de otro, ya sea existente, ya futura. La intercesion puede hacerse de dos maneras; ó librándose el deudor actual de la deuda que se llama *expromissio*, y para su validez es necesario el consentimiento del acreedor (1), y no del deudor (2), ó quedando éste y el que intercede á la vez obligados, en cuyo caso si el mediador se obliga solidariamente con el deudor, promete responder del pago, como si verdaderamente lo fuera, ó si como él mismo lo debiese (3). Tambien puede hacerse la intercesion *in subsidium*; tal sucede en el mandato calificado, cuando alguno se encarga de abonar á un tercero (4), cuando se constituye una prenda por el deudor (5), ó cuando se afianza por él. En este último caso el derecho romano distingue si la caucion se prestó por estipulacion, ó por pacto, pues que aquella producia la fianza *fidei jussio*, ésta el constituto de la deuda de otro *constitutum debiti alieni*.

§. 437. B. *De la fianza.—1. Nocion.*

La fianza *(fide jussio)*, en derecho romano, es la promesa hecha por medio de una estipulacion, de pagar la deuda de otro, en el caso de que éste no pueda verificarlo á la

(1) Fr. 8. §. 5. D. XLVI, 2.-C. 25. C. II, 3.
(2) Fr. 8. §. 5 citado. Liberat autem me is qui, quod debet promittit *etiam si nolim*. Arg. pr. J. III, 20, (30). Si se verifica con consentimiento y á peticion del deudor, toma el nombre de *delegatio*. fr. 11. pr. D. ibid.
(3) Fr. 17. §. 2; fr. 18, D. XVI, 1.
(4) Fr. 12. §. 14; fr. 32. D. XVII, 1.-fr. 13. D. XLVI, 1.
(5) C. 5, 7. C. IV, 29.

época convenida (1). La fianza puede intervenir en toda clase de deuda (2), excepto en aquellas que el derecho civil considera absolutamente como nula (3), pero no siendo su objeto mas que dar una garantía al acreedor, el fiador puede obligarse, á menos que el deudor no á mas, ni bajo condiciones mas onerosas (4).

§. 438. *Efectos de la fianza.*

La fianza tiene dos efectos, ó lo que es lo mismo, crea dos relaciones: una entre el fiador y el acreedor: otra entre el fiador y el deudor.

En cuanto á la primera, el fiador y su heredero son obligados en el caso de que el deudor principal no satisfaga á su acreedor (5), y particularmente si se obligó pura y simplemente *in omnem causam*, está no solo obligado al pago de la deuda principal, sino tambien á lo accesorio de la misma, como son los intereses pactados y los legales, la

(1) Gajus III, 115 seq. Inst. III, 20, (21.) D. XLVI, 1.-C. VII, 41.
(2) §. 1. J. III, 20, (21.)-fr. 1; fr. 2; fr. 8. §. 1, 2; fr. 16. §. 3. fr. 37. D. XLVI, 1. Pero la restitucion de la dote no puede garantirse por medio de fiadores. C. 1, 2. C. V. 20.
(3) Fr. 46; fr. 16 pr; fr. 32. D. XLVI, 1. En cuanto á la fianza de una obligacion natural vide: fr. 9. §. 3; fr. 7. pr. D. XIV, 7.-fr. 7. §. 1. D. XLVI, 3.-fr. 13. pr. D. IV, 4.
(4) §. 5. J. III, 20, (21.)-fr. 1. §. 8. D. XLIV, 7. Si el fiador prometia otra cosa, ó mas de lo que el deudor principal debia, no quedaba obligado á dar nada. fr. 8. §. 7; fr. 42. D. XLVI, 1.
(5) §. 2. J. III, 20, (21.)-fr. 4. §. 1. D. XLVI, 1. Si el fiador prueba que el acreedor no ha cobrado por culpa suya, queda libre de la fianza.-fr. 41. pr. D. XLVI, 1.-fr. 95. §. 11. D. XLVI, 3.

cláusula penal y los gastos del proceso (1); en otro caso solo responde de lo que prometió, y de los intereses convenidos desde el principio (2). Ademas, por derecho extricto el deudor, á su eleccion, puede perseguir inmediatamente al acreedor ó al fiador (3), pero por derecho nuevo se concede á éste el beneficio de órden ó de excucion, *beneficium ordinis sive excussionis*, en virtud del cual el fiador puede solicitar que el acreedor persiga primeramente al deudor principal (4). Cuando hay muchos fiadores, cada uno está obligado *in solidum*, pero por derecho nuevo se aprovechan del beneficio de division, *beneficium divisionis ex epistola D. Hadriani*, que autoriza al fiador de quien se demanda todo el crédito, á pedir solo se le condene al pago de la parte y porcion que le corresponde (5). El primero de estos dos beneficios no puede oponerse cuando el deudor principal es insolvente; el segundo solo en el caso de que los demas fiadores sean solventes, y sea fácil reclamar de cada uno su parte, y cuando la caucion no se renunció expresamente. El derecho romano concede al acreedor para repetir del fiador el crédito que aseguró la accion *ex stipulatu*. El fiador cuando ha pagado, puede exigir del deudor principal le declare libre, y quite de toda pérdida, y si hizo el pago en

(1) Fr. 54. pr. D. XIX, 2.-fr. 4. §. 1; fr. 56. §. 2. D. XLVI, 1.-fr. 32. pr. D. XXVI, 7.-fr. 88. D. XLV, 1.-fr. 24. §. 1. D. XXII, 1.

(2) Fr. 68. §. 1. D. XLVI, 1.-C. 4. C. IV, 32.

(3) C. 5. C. VIII, 41. Si el fiador solo lo es por lo que el acreedor no pueda obtener del deudor, éste debe ser ejecutado primero. fr. 116. D. XLV, 1.-C. 1. C. X, 2.

(4) C. 5. C. VIII, 41.-Nov. 4. c. 1.

(5) Gajus III, 111, 122.-§. 4. J. III, 20, (21.)-C. 3. C. VIII, 41.-Nov. 99.

virtud de las órdenes del deudor, la ley le concede la accion *mandati contraria*; en los demas casos la accion *negotiorum gestorum contrariæ*, ó *ex jure cesso* del acreedor (1), á cuyo fin se utilizan del *beneficium cedendarum actionum*, en virtud del cual antes que verifique el pago, puede exigir del acreedor le ceda su crédito con todos los derechos de prenda ó de hipoteca, que tiene contra el deudor principal (2). Todos estos derechos competen igualmente al fiador que pagó por su cofiador.

§. 439 *Fianza de la fianza.*

Vamos á tratar aqui de la fianza de la fianza *fidei jussio fidei jussionis*, que es de dos especies, una cuyo objeto es dar al acreedor mayor seguridad, ofreciendo una segunda persona, que responda del fiador; otra cuyo objeto es garantir ó asegurar al mismo fiador (3), ó lo que es lo mismo, presentar un tercero que asegure al fiador el reembolso de la suma que pague por el deudor principal (4).

§. 440. *Del constituto de la deuda agena* (5).

Asi como la *fide jussio* es la caucion por derecho civil, asi el *constitutum debiti alieni*, es la caucion por derecho pretorio, la que se verifica por medio de un simple pacto, mediante el cual alguno promete pagar la deuda de otro; el

(1) §. 6. J. III, 20, (21.)-fr. 4. pr. D. XLVI, 1.-fr. 45, D. III, 5

(2) Fr. 36, 39. D. XLVI, 1.-C. 2, 11. C. VIII, 41.

(3) Fr. 8. §. 12; fr. 27. §. 1. D. XLVI, 1.

(4) Fr. 4. pr. D. ibid.

(5) §. 8, 9. J, IV, 6.-D. XIII, 5. Cód. IV, 18.

constituto es un pacto pretorio, y se diferencia de la fianza, en que puede constituirse sin estipulacion (1), y en que no es tan estricto por su naturaleza como aquella; asi el que se constituye pagador por otro, puede obligarse á otra cosa (2), á pagar mas presto ó en otro lugar (3), y á otro acreedor, pero no á pagar mas; finalmente, el constituto produce los mismos efectos que la fianza (4), y la accion que de él nace, se llama *constitutæ pecuniæ*.

§. 441. D. *De la intercesion de las mugeres* (5).

Todos los que pueden obligarse, y tienen la libre disposicion de sus bienes, pueden constituirse fiadores por otro, cuya regla sin embargo sufre excepcion con respecto á las mugeres.

El Senado-consulto Velellano *(Sentum. Vellejanum)*, dado en el imperio de Claudio, declara nula la fianza de la muger, cualquiera que sea su clase; sin embargo, la muger que se constituye fiadora por otro, y que por este acto es demandada ante la ley, puede no solamente oponer á la accion del acreedor la excepcion *Scti Velejani* (6), sino que tambien si pagó por error de derecho, repetir lo pagado por la *condictio in debiti* (7). Cuando la muger que se

(1) §. 9. J. IV, 6.
(2) Fr. 1. §. 5. D. XIII, 5.
(3) Fr. 5. pr. D. ibid.
(4) Nov. 4, c. 1.-Nov. 136. præf.-C. 3. C. IV, 18.-Theophile ad J. IV, 6. §. 8, 9.
(5) Paul. II, 11.-D. XVI, 1. C. IV, 29.-Nov. 134, c. 8.
(6) Fr. 2. §. 1. D. XVI, 1.-C. 1, 3, 16.-C. IV. 29.
(7) Fr. 8. §. 3. D. ibid.-C. 9. C. ibid. Si ha constituido una prenda ó hipoteca para asegurar la deuda de un tercero, puede tambien repetirla. fr. 32. §; 1. D. ibid.

constituyó fiadora de otro destruye por la excepcion del Senado-consulto Velellano la accion del acreedor, éste se dirige nuevamente contra el deudor originario *(actio restitutoria sive rescissoria)* (1), si la fianza ó intercesion fue *una expromissio*, cuyo efecto es extinguir la deuda existente de un tercero (§. 736), pero cuando la muger se constituyó fiadora por librar á un tercero de una deuda futura, el acreedor ejercita contra éste la accion producida por la fianza de la muger *(actio institutoria)* (2); últimamente, cuando la muger juntamente con el hombre se constituyó fiadora de un tercero, el hombre queda obligado por el todo, á no ser que se hubiese pactado que la fianza se hacia á prorata, en cuyo caso el hombre solo responde de su parte y porcion, y el acreedor tiene contra el deudor, por la parte que á la muger corresponde, la accion *restitutoria ó institutoria* (3). Por derecho anterior á Justiniano, en ciertos casos excepcionales no aprovechaba á la muger la excepcion del Senado-consulto Velellano, y tales son si por la fianza hubiera recibido interés (4), si la hizo con objeto de engañar al acreedor (5), si éste era menor (6) y si le invitó á que intentára su accion, prometiéndole no se valdria del beneficio del Senado-consulto (7). A estas excepciones, añadió Justiniano aquel en que la fianza hecha por una muger mayor de edad,

(1) Fr. 1. §. 2. f. 8. §. 9, 13. fr. 14; fr. 16 §. 1, in fine. fr. 20; fr. 32; §. 1. D. ibid.-C. 16. C. ibid.
(2) Fr. 8. §. 14. D. ibid.
(3) Fr. 48. D. XLVI.-C. 8. C. IV, 29.
(4) Fr. 16. pr.; fr. 21. pr. fr. 22. D. XVI: 1.-C. 2. C. ibid.
(5) Fr. 2. §. 3. fr. 11; fr. 27. pr.: fr. 30. pr. D. ibid.-C. 18. C. ibid.
(6) Fr. 12. D. IV, 4.
(7) Fr. 32. §. 4. D. XVI, 1.

fue ratificada dos años despues (1): tambien ordenó Justiniano que la fianza constituida por una muger, fuese absolutamente nula, si no se hizo en un acto público, y se firmó por tres testigos; en este caso no necesitaba invocar la muger el Senado-consulto, á no ser que el acreedor probára que la muger recibió intereses por constituirse fiadora (2), ó que lo hizo por dar libertad á un esclavo, ó por constituir una dote (3). Ultimamente, Justiniano ordenó en la novela 134, cap. 8.°, de donde se tomó la auténtica *Si qua mulier*, C. IV, 29, que la fianza de la muger casada en favor de su marido, fuera pura y simplemente nula, aunque la ratificára varias veces, y la constituyera en acto público, à cuya regla solo puso la excepcion siguiente: «si la muger se enriqueció por la fianza (4).» El derecho romano conceptuaba sin efecto la renuncia del Senado-consulto Velellano, hecha por la muger al tiempo de constituirse fiadora (5), y Justiniano no la declaró admisible y necesaria, sino es en el solo caso de que la madre ó la abuela quisieran aceptar la tutela de sus hijos ó nietos (6).

(1) C. 22.-C. IV, 29.
(2) C. 23.-C. ibid.
(3) C. 24, 25. C. ibid.
(4) Nov. 134, c. 8.
(5) Mas la muger que habia intercedido, podia cuando el acreedor intentaba su accion, renunciar á la excepcion del Senado-consulto Veleyano. fr.32. §. 4. D. XVI, 1.
(6) Nov. 118, c. 5.

TITULO V.

CONVENCIONES PROHIBIDAS.

§. 442. A *Nocion y especies de las convenciones prohibidas en general.*

El derecho romano prohibe absolutamente y declara sin efecto muchas convenciones obligatorias y válidas segun los principios generales, y no solamente estas convenciones no producen accion ni excepcion, sino es que no puede repetirse por la *condictio indebiti*, lo que á consecuencia de ellas se haya dado. Ya hemos indicado muchas v. gr. las que encierran una usura explícita ó implícita (§. 650), el pacto conmisorio que acompaña á la constitucion de una prenda, y la fianza de las mugeres, vamos á hablar en otro lugar de otra clase de convenciones prohibidas como son las dotales que no se permiten (§. 830), y en éste nos ocuparemos de las convenciones aleatorias ó de azar y suerte.

§. 443 B. *Convenciones aleatorias en particular.*

Las convenciones de azar y suerte *pacta quæ aleam continent* son generalmente aquellas en que las utilidades y pérdidas de los contrayentes dependen mas ó menos de un caso fortuito. De estas convenciones hay algunas que son permitidas en todo, como la *emptio spei et rei esperate*, *foenus nauticum*, y otras que lo son en parte y en parte no, tal es, 1.° el juego *lusus* (1). Generalmente se entiende por

(1) D. XI, 5.-C. III, 43 (non gloss).

juego, un acto por el cual el éxito incierto de un hecho determinado ó de una condicion decide cual de entre varias personas, se ha de aprovechar de la ganancia; este hecho ó esta condicion ha de depender ó de la suerte ó de la destreza de los jugadores, ó de ambas cosas. El contrato de juego consiste en convenir en la condicion que debe decidir y en la ganancia. Entre los romanos, solo los juegos gignásticos eran permitidos, siempre que la puesta fuese moderada (1): todos los otros de tal modo estaban prohibidos por las leyes que no solo no producian accion, sino es que durante cincuenta años, se podia repetir por la *condictio in débili* cuanto se habia pagado (2): 2.° la *apuesta sponsio*. La apuesta es un contrato por el cual una de las partes promete dar ó prestar alguna cosa á la otra, si el hecho que dice existe ó ha de existir de tal ó cual manera, no es conforme á la verdad. La apuesta que interviene en los juegos es permitida ó prohibida como los juegos mismos (3); la apuesta es prohibida cuando su objeto es contrario á las buenas costumbres (4); finalmente, el dolo y la simulacion anulan la apuesta permitida siempre que una de las partes conoce el éxito del negocio y lo oculta para obligar á la otra á que la verifique.

(1) Fr. 2. §. 1. D. XI, 5.-C. 3. C. III, 43.
(2) C. 3. C. cit.
(3) Fr. 3. D. XI, 5.
(4) Fr. 17. §. 5. D. XIX, 5.

CAPITULO II.

OBLIGACIONES QUE NACEN DE LOS DELITOS (1).

§. 744. *Nocion. Idea del delito.*

El delito *delictum* es un hecho voluntario del hombre por el cual infringe una ley penal. La consecuencia general del delito es la obligacion de reparar el daño causado y sufrir la pena impuesta por la ley. Cuando muchas personas en comun cometen un delito, todas son sólidariamente responsables del daño producido, sin derecho al beneficio de divisum, ni á repetir contra los codelincuentes (2); la pena por el contrario es meramente personal (3).

§. 745. *De la division de los delitos.*

Los delitos por derecho romano se dividen *en públicos y privados* segun que la pena que por el hecho punible se impone, es tambien pública ó privada; pena pública es aquella que el estado tiene derecho á aplicar, privada cuando este derecho es del particular ofendido, y ésta, ordinariamente, consiste en el duplo, triplo, cuadruplo del daño causado *duplum, triplum, cuadruplum* (4). La teoría de los delitos y penas públicas pertenece al derecho criminal; la de los privados al derecho civil en tanto que producen una

(1) Gajus III 182 seq.-J, IV. 1.-D. XLVII, 1.
(2) Fr. 14. §. 15. D. IV, 2.-C. 1. C. IV, 8.
(3) Fr. 11. §. 2. D. IX, 2.-fr. 55. §. 1. D. XXVI, 7.-fr. 34. XLVII, 10.
(4) §. 18, 19, 21, 25. J. IV, 6.-Cf. §. 196.

obligacion de reparar el daño causado y de sufrir una pena privada, pero aqui debe tenerse presente que la accion para reparar el daño *actio rei persecutoria*, pasa á los herederos del dañado, y puede ejercitarse contra los del delincuente; cuando la accion penal, por el contrario *actio penalis* si bien se transmite generalmente á los herederos del perjudicado, excepto la accion de injurias (1), no pasa contra los del delincuente (2), á menos que por el delito no se hayan enriquecido (3), ó que se haya intentado en vida de éste (4). En derecho romano hay cuatro delitos privados, el robo, la rapiña, el hecho perjudicial, y la injuria.

§. 746. *De los delitos privados en particular.*—A. *Del robo.* 1. *Nocion y especies.*

Robo *(furtum)* en el sentido del derecho romano (5) es toda sustraccion fraudulenta de cosas muebles (6), con la intencion de apropiársela *(lucri animo)* (7). El robo es de dos especies, manifiesto cuando el ladron es cogido en el acto de robar, pero antes de que tenga la cosa en su poder *(furtum manifestum)* en todos los demas casos es no manifiesto ú oculto, *(furtum non manifiestum)* (1); tambien el robo se divide con relacion á su objeto en *furtum rei ipsius, furtum ussus, et furtum possessionis.*

El furtum rei ipsius ó lo que es lo mismo la substraccion fraudulenta de una cosa mueble, puede tener lugar, no solo en las cosas agenas *(furtum rei alienæ)* sino es en las propias, *(furtum suæ rei)*; que tiene lugar cuando el propietario de una cosa la sustrae de mano de aquel que por derecho la posee (2). El robo de uso *(furtum ussus)*, consiste en el uso que ilegalmente se hace de una cosa mueble, que se posee á título de prenda de comodato ó de depósito (3). El robo de uso puede tambien cometerse en la propia cosa, v. g. cuando el propietario la toma en calidad de préstamo, de aquel á quien la tenia empeñada, y la presta á otro sin autorizacion del acreedor prendario (4).

El robo de posesion *(furtum possessionis)*, se comete cu ndo el que poseyendo una cosa mueble, no á título de dominio en la misma, sino es á virtud de prenda ó comodato, cambia por hechos exteriores; v. g. por ocultacion, sustraccion ó denegacion, la posesion que tenia en precario, en posesion á título de propiedad. El robo de posesion no puede pues recaer sobre las cosas agenas (5).

---

(1) Gaj. IV. 112.-§. 1. J. IV, 12.
(2) Gaj. l. c.-fr. 111. §. 1. D. L, 17. fr. 1. pr. D. XLVII, 1.
(3) Fr. 38, 127. D. L, 17.-C. ún. C. IV, 17.
(4) Fr. 33.-D. XLIV. fr. 71. 164.-D. L, 17.
(5) Gaj. III, 183-208.-Paul. 11. 31.-J. IV, 1.-D. XLVII, 2. C. VI, 2.
(6) No hay robo de una cosa inmueble. Gaj. II, 51. §. 7. J, II, 6. fr. 25. pr. D. XLVII; 2. fr. 38. D. XLI, 3.
(7) §. 1. J. IV, 1.-fr. 1. §. 2, 3. D. XLVII, 2. Cf. fr. 52. §. 16 ibid, fr. 22. §. 7. D. XVII, 1.-C. 7.-. C. VI, 2. La intencion de apropiarse la cosa (animus lucri faciendi) es esencialmente necesaria. fr. 39. D. XLXII, 2.

---

(1) §. 3. J. IV, 1. fr. 2, fr. 8, fr. 21. pr, fr. 35. D. XLVII, 2.
(2) Gaj. III. 200. §. 10. J. IV, 1, fr. 15. §. 1, 2. fr. 19. §. 5. 6; fr. 20, §. 1.-fr. 53. §, 4. fr. 59. D. ibid. 2. fr. 49.-D. XLI, 3.
(3) §. 6. J. IV, 1; fr. 40; fr. 54. pr. D. XLVII, 2.-fr. 16. D. XIII, 1.
(4) Fr. 54. §. 1. D. XLVII. 2.
(5) Theoph al §. 1. J. IV. 1. fr. 33. fr. 46, §. 6, fr. 52. §. 7; fr. 56; fr. 67. pr.; fr. 71. pr.; fr. 73. D. XLVII, 2. La tan conocida regla *nemo sibi ipse causa possessionis mutare potest* parece se refiere al robo de posesion.

§. 747. *Obligaciones que nacen del robo.*

Los efectos legales del robo son los siguientes: 1.° el ladron está obligado á restituir la cosa robada con todas sus pertenencias, y á prestar, en caso de no existir ésta, tanto cuanto mas haya valido desde que se cometió la sustraccion (1): 2.° es responsable de todo el daño que á la cosa ocurra, aunque sea por caso fortuito, y aunque pruebe que ésta hubiera perecido necesariamente en manos de su dueño (2). El cumplimiento de estas dos obligaciones puede repetirlo el dueño de la cosa robada contra el ladron y sus herederos, pero no contra el ocultador y su cómplice (3): por medio de la condicion furtiva *condictio furtiva*, cuya accion es *rei persecutoria* (4) porque se dirige á la persecucion de la misma cosa robada: 3.° El derecho romano concedia á todo aquel que tenia interés en que no se sustrajera la cosa (5), el derecho de exijir el cuadruplo, cuando el robo era manifiesto, y el duplo cuando era oculto. La accion *furti*, que se dirigia á solicitar la imposicion de la pena, se ejecutaba contra el ladron, pero no contra sus herederos (1). La obligacion de prestar el doble era extensiva al cómplice y ocultador de mala fe en uno y otro caso (2).

(1) Fr. 8. pr. §. 1; 2. D. XIII, 1.-Cf. fr. 67. §. 2, D. XLVII, 2. fr. 13. D. XIII, 1.

(2) Fr. 8. pr. §. 1. cit.: semper enim moram fur facere videtur. fr. 8. §. 1. fr. 16, fr. 20. D. XIII, 1.-fr. 40. pr. D. V, 3. fr. 50. pr. D. XLVII; 2.-C. 9, C. VI. 2.-C. 2. C. IV, 8.

(3) Fr. 5; fr. 7. §. 2; fr. 10. §. 1. D. XIII, 1.-§. 4, 11, 12, 14, 19. J. IV, 1.-fr. 6. D. ibid.

(4) D. ibid. C. IV, 8. La condicion furtiva solo compete al propietario de la cosa. fr. J. 11, D. ibid.-fr. 14, §. 16 in fine D. XLXII, 2.-fr. 12. §. 5. D. VII, 1. El acreedor prendista á quien ordinariamente se le concede, solo tiene una *condictio incerti* y la accion *furti*. fr. 12. §. 2. D. XIII, 1.

(5) Fr. 13.-17. J. IV, 1.-fr. 10-12; fr. 14. §. 10, 16; fr 46. §. 1, 4; fr. 71; fr. 85. D, XLVII, 2.

§. 748. *De la rerum amotio.*

La accion *furti* no tiene lugar entre fiadores, ni entre los esposos (3); pero cuando el robo se ha cometido con anterioridad al matrimonio, la ley concede la accion furtiva que puede intentarse aun durante éste (4), cuando por el contrario, se cometió el robo despues de contraido el matrimonio, entonces no es verdadero robo, es si una *rerum amotio*, y produce la accion, *rerum amotarum* (5).

Esta accion puede intentarse directamente cuando el robo se comete con el objeto de un divorcio (6); y útilmente cuando se comete con la esperanza de la muerte (7); en uno y otro caso la accion se ejercita para obtener la restitucion de la cosa con cuanto es accesorio á la misma, ó la imdemnizacion del daño causado (8), y generalmente no puede intentarse sino es despues de la disolucion del matrimonio (9).

(1) §. 5. J. ibid.-§. 18. J. IV, 6.-fr. 50. pr. D. ibid. 2.

(2) §. 4. in fine; §. 11, J. IV, 1.-fr. 6. D. XIII, 1. fr. 34; fr. 50. §. 3; fr. 52; fr. 54. §. 4. D. XLVII, 2.

(3) Fr. 3. §. 2. D. XXV, 2.

(4) Fr. 3. §. 2. D. ibid.

(5) D. XXV, 2,-C. V. 21.

(6) Fr. 6. §. 3; fr. 17. pr. D. ibid.

(7) Fr. 21. pr. D. ibid.

(8) Fr. 1; fr 3. §. 3.; fr. 17. §. 2; fr. 21. §. últ. D. ibid.-C. 2. C. V, 21.

(9) Fr. 1; quæ uxor *fuit*.-fr. 30. D. ibid. La Const. 22. §. 4. C. IV, 2 contiene una excepcion.

§. 749. B. *De la rapiña.*—1. *Nocion.*

La rapiña *rapina* (1) consiste en la sustraccion de la cosa agena hecha con fuerza manifiesta y con objeto de apropiársela (2). La rapiña ha de ser de cosa agena, y de parte del delincuente, supone el conocimiento de que la cosa pertenecia á otro (3); asi pues, no hay rapiña si á viva fuerza quitamos á otro una cosa propia ó que creemos pertenecernos, en este caso, cometemos un delito de fuerza, *crímen vis* (4). Las consecuencias y penas de la rapiña y del crímen de fuerza son muy diferentes.

§. 750. *Obligaciones que nacen de la rapiña.*

La rapiña impone al actor la obligacion de restituir la cosa, y de responder de todo el daño que á la misma ocurra aun cuando sea por caso fortuito (5). Ademas de la restitucion, el derecho romano, á aquel que habia sufrido la rapiña, y á cualquiera que tenia interés en que la cosa no fuese arrebatada (6), concedia una accion por la cual el raptor podia ser perseguido como ladron oculto, y condenado bien por la accion *furti* en el doble, bien por la accion *vi bonorum raptorum* en el cuadruplo, que se componia, del triplo, ó de la pena y del simple restante, el cual represen-

(1) Gaj. III. 209. J. IV, 2. D. XLVII, 8.-C. IX, 33.
(2) Fr, 3, §. 5. D. XLVII, 9. Las cosas inmuebles no pueden ser objeto de C. 1. C. IX 33.
(3) §. 1. J. IV. 2.-fr. 2. §. 18. D. ibid. 8.
(4) Fr. 2. §. 18 cit. El delito de fuerza (*crimen vis*) puede ademas cometerse tanto respecto á una cosa, mueble como á una inmueble por una *invasio*.
(5) Fr. 8. §. 1. D. XIII, 1.
(6) §. 2. J. IV, 2.

taba la cosa arrebatada (1). Pasado un año solo podia intentarse esta accion por el simple, ó sea el tanto (2), y el heredero del raptor solo podia ser reconvenido por la condicion furtiva (3).

§. 751. *De las penas del delito de fuerza ó vias del hecho.*

Nadie puede emplear su propia fuerza sino es en defensa de sí mismo y contra los ataques violentos é injustos de otros, haciéndolo incurre en pena. El derecho romano contiene sobre esta materia, las disposiciones siguientes: 1.ª el acreedor que por su propia autoridad, y sin acudir al juez se hace pago de su crédito aun cuando no ejerza violencia personal contra su deudor, está obligado, no solo á la restitucion de lo que ha tomado, sino es por via de pena á la pérdida de su crédito (4): 2.º el que á viva fuerza y creyéndose dueño de una cosa mueble ó inmueble la arranca del que la posee, si es dueño de ella, pierde, como pena la propiedad de la misma, que se transmite al poseedor actual, sino lo es, está obligado, no solo á la restitucion de la cosa, sino es á pagar como pena el precio de la misma, ya obre de buena, ya de mala fé (5). La misma pena se aplica al que lleva en arrendamiento la cosa agena ó la posee á título precario, si concluido el contrato ó la reclamacion se opone sin causa á restituirla y persiste en esta idea hasta la sentencia definitiva (6).

(1) J. IV, 2.-D. XLXII, 8. C. IX, 33.
(2) Pr. J. ibid.-Cf. fr. 1.pr. D. ibid. 8.
(3) Fr. 2. §. 27. D. ibid.
(4) Fr. 12. §. 2; fr. 13. D, IV, 2.-fr. 7. D. XLVII, 7.
(5) C. 3. C. Th. IV, 22.-C. 7. C. VIII, 4.-§. 1. J. IV, 2.-§. 6. J. IV, 15.
(6) C. 10 ibid.-C. 34. C. IV, 65. La via de hecho que se emplea en defensa de su derecho, da tambien lugar á otras diferentes penas. V. Nov. 25. C. 1. Nov. 60. pr. c. 1. 2.-Nov. 134. C. 7

§. 752. C. *Del hecho perjudicial.* —1. *Nocion.*

Los romanos calificaban generalmente de *damnum injuria datum* todo el daño que un hombre libre (1) hacia sentir por un hecho ilícito, (*culpa, injuria*), á otro en su patrimonio cualesquiera que fuesen las relaciones entre los dos (2). Sin embargo, si entre el que causaba daño, y el que le sentia existe un contrato, la responsabilidad se limita á aquello que debia prestarse, *ex contractu*; sino existe *extra contractu* el que producia el daño respondia sin restitucion de todo el hecho perjudicial, por mínima que fuere la falta (3). El daño ocasionado por una omision ilícita no pertenece á la idea que hemos dado del *damnum injuria datum*, porque no pudiendo ser ilícita la omision sino es cuando media un contrato, no puede tampoco tener lugar mas que la accion que nace de éste, cuya regla no tiene mas excepcion que cuando la omision ha sido causa de que el daño resulte de un hecho precedente (4).

§. 753. *Lex Aquilia.*

La lex Aquilia era aplicable principalmente al *damnum injuria datum* (5) y por ella podia condenarse al culpable del hecho á la separacion del daño, y á una pena privada (6). En

(1) El daño ocasionado por un esclavo se llama *noxia*, y el causado por un animal *pauperies*. §. 1. J. IV, 8.-pr. J. IV, 9.
(2) Fr. 7. §. 8. fr. 18. D. IX, 2.-fr. 7, §. 1. D. XIII, 6.
(3) Fr. 44. pr. D. IX, 2: *In lege Aquilia et levissima culpa venit.* Pero se supone que él sabia que la cosa pertenecia á otro; fr. 31. §. 3. D. V, 3.
(4) Esto es lo que el fr. 13. §. 2. D. VII, 1 dice expresamente.
(5) Gaj. III, 210.-J. IV, 3. D. IX, 2. C. III, 35.
(6) Tambien habia lugar á los intereses. §. 10. J. IV, 3. fr. 21. §. 2; fr. 22; fr. 23, pr. fr. 27. §. 1. D. IX, 2;

algunos casos, *ex primo capite legis aquiliæ* el que daba la muerte ilegalmente á un esclavo, ó á un cuadrúpedo ageno, *quadrupes pecus* debia pagar el mayor precio que el esclavo ó el animal hubieran tenido un año antes á contar desde el dia en que fueron muertos (1), en todos los demas casos *ex tertio capite* está obligado á restituir el mayor que la cosa hubiera tenido treinta dias antes al en que se cometió el daño (2). La negativa del reo le obligaba al pago del duplo; *lis inficiando crecit in duplum* (3).

§. 754. *De la accion legis aquiliæ.*

La accion *legis aquiliæ* era en el principio muy extricta. Efectivamente, no podia intentarse como accion directa sino es cuando el daño era ocasionado *corpore corpori*, y aun en este caso solo el propietario de la cosa destruida ó perjudicada podia repetir *ex lege aquilia* la reparacion del daño y la imposicion de la pena (4). Estas dos restricciones desaparecieron despues, y la accion se concedió como útil cuando el daño habia sido hecho *corpori*; pero no *corpore*, y aun se dió una accion general en *indemnizacion actio in factum* para el caso en que el daño no se hubiera hecho *nec*

(1) Pr. §. 1. J. IV, 3.-Fr. 2. D. IX, 2. Nos era desconocido el contenido del capitulo segundo de la ley Aquilia, hasta despues que lo descubrió Gajus. Gaj. 215, 216. Trataba de la accion contra el *adstipulator qui pecuniam in fraudem creditoris acceptam fecerit* que no estaba en uso en tiempo de Ulpiano fr. 27. §. 4. D. IX, 2.
(2) §. 3. 15. J. ibid.-fr. 27. §. 5; fr. 29. §. 8. D. ibid.
(3) Fr. 2. §. 1. fr. 23. §. 10. D. ibid.-Gaj. III, 216.
(4) §. 16. J. IV, 3.-fr. 2. pr.; fr. 27. §. 5. D. IX, 2.-fr. 11, §. 6, 9, ibid.

corpore, *nec corpori* (1). Tambien se amplió útilmente á todo el que por causa de un derecho real tuviera interés en que la cosa hubiese sufrido perjuicio alguno (2). La accion *legis aquiliæ* es sobre todo importante, y necesária para el caso en que alguno por un hecho ilícito ha causado daño en la cosa agena, respecto á la cual no habia contratado con su dueño porque la reparacion del daño causado entre personas unidas por un contrato puede repetirse por la accion que nace del mismo. Sin embargo, aun existiendo contrato, si los hechos que deben prestarse *ex contractu* infieren un perjuicio y son por consecuencia contrarios á las relaciones que aquel produce, puede intentarse ó la accion *legis aquiliæ*, ó la accion que nace del contrato, á eleccion del perjudicado (3); mas si el daño proviene de una omision ilícita solo cabe ejercitar esta última.

§. 755. D. *De la injuria.*—1. *Nocion.*

Injuria, tomada en el sentido lato, significa por derecho romano todo acto ilegal *quod non jure fit* (4); en un sentido mas extricto, y particularmente con relacion al honor del hombre, se entiende por injuria, todo acto que

(1) §. 16. J. cit.-fr. 33, §. 1. D. ibid.-Cf. fr. 11. D. XIX, 6.

(2) Fr. 11. §. 10; fr. 17. pr. D. XI, 2. Cf. fr. 12; fr. 30 §. 1. ibid.-fr. 17. §. 3. D. VII, 1-El que solo tiene un derecho personal en la cosa no puede ejercitar la accion. *Legis Aquiliæ*. fr. 11. §. 9. D. IX, 2; pero el propietario de la cosa puede ederle su accion si en derecho se dirige á adquirir la propiedad de la cosa. fr. 13. §. 12, D. XIX, 1.

(3) Fr. 7. §. 8; fr. 18, D. IX, 2.-fr. 7. §. 1. D. XIII, 6.-fr. 34. §. últ. D. XLIV, 7.

(4) Pr. J. IV, 4.-§. 2. J. IV, 3.-fr. 3; fr. 5. §. 1. D. IX, 2. fr. 1. pr. D. XLVII, 10.

hiere ó lastima voluntariamente el honor, ó la buena reputacion de otro, *animo injurandi* (1).

§. 756. *Especies de injuria.*

El honor del hombre puede ofenderse de palabra, por escrito, y por hechos; mas claro, la injuria es verbal ó real (2); una y otra pueden ser leve ó ligera *in juria levis*; grave ó atroz, *injuria atrox*, segun el lugar, tiempo y persona á que se diriga (3).

§. 757. *Efectos de la injuria.*

La injuria da al ofendido, segun el derecho pretorio, el derecho de estimar en metálico la injuria sufrida, y de exigir en reparacion del daño el pago de la suma, que el juez en caso de necesidad puede moderarla, por medio de la accion *injuriarum æstimatoria*, y cuya accion prescribe con el transcurso de un año (4). En el caso de la injuria real, una *lex cornelia* permite que el injuriado demande el pago de la suma determinada por el juez, como pena privada por medio de la accion *injuriarum*, y la que considerándose accion civil, no prescribe hasta los treinta años (5).

(1) Gaj. III, 220.-Paul. V, 4.-Coll. leg. Mos. II.-J. IV, 4.-D XLVII. 10.-C. IX, 35.

(2) §. 1. J. IV, 4.-fr. 1. §. 1. D. XLVII, 10.

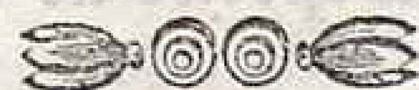
(3) §. 9. J. ibid.-fr. 7. §. 7, 8. D. ibid,

(4) §. 7. J. IV, 4.

(5) §. 8. J. ibid. comparado con el fr. 37. §. 1. D. XLVII, 10.

CAPITULO III.

OBLIGACIONES QUE NACEN DE DIVERSAS CAUSAS.



§. 758. *Idea general.*

Las obligaciones que nacen de diversas causas *obligationes ex variis causarum figuris* son las siguientes: 1.° pueden nacer como de un contrato *(quasi ex contractu)*: 2.° como de un delito *(quasi ex delitus)*: 3.° finalmente, existen otras varias obligaciones que no tienen otro motivo general que la equidad natural recomendada por las leyes.

TITULO I.

OBLIGACIONES QUE NACEN COMO DE UN CONTRATO.

§. 759. *Nocion de estas obligaciones.*

Sucede frecuentemente que personas entre quienes no ha mediado contrato alguno, por la existencia de ciertos hechos, se miran legalmente como si hubieren contratado *(quasi contraxerint)*; asi, pues, el lazo que nace entre ellas, el cual es semejante á la obligacion que emana del contrato, se llama *obligatio quæ quasi ex contractu oritur* (1). Esta especie de obligacion puede tener orígen de la gestion de negocios de otro sin su mandato *negotiorum gestio*, de la

(1) J. III, 27, (28).

comunion *communio incidens*, del pago de lo indebido *solutio in debiti*, de la tutela y curatela, y de la aceptacion de una herencia.

§. 760. A. *De la gestion de negocios* (1).—I. *Nocion*

La gestion de negocios *negotiorum gestio* consiste en los cuidados que se emplean, ó mas bien en la administracion de los negocios agenos, sin mandato, ni encargo de su dueño (2). La gestion produce entre el gestor *negotiorum gestor* y el dueño *dominus negotiorum, sive rei gestæ* una obligacion semejante á la que se constituye entre el mandante y el mandatario, sujeta á aquella generalmente á los mismos principios que ésta.

§. 761. *Condiciones de la gestion de negocios.*

La gestion supone siempre un negocio ageno (3), pero no basta esto para que entre el gestor, y el propietario exista una obligacion eficaz, sino es que es necesario ademas: 1.° que el gestor obre en beneficio del propietario, de modo alguno en el suyo propio (4): 2.° que obre con ánimo de obligar al dueño (5): 3.° que la gestion produzca un resultado útil, aunque posteriormente éste se pierda sin culpa

(1) Paul. I, 4.-§. 1. J. III, 27, 28.-D. III, 5.-C. II, 19.
(2) Cf. C. 3. C. III, 32.
(3) Fr. 6. §. 4. D. III, 5. Cf. fr. 6. pr. §. 9. fr. 45. §. 32. D. ibid.
(4) Fr. 6. §. 3. D. ibid.
(5) Fr. 27. §. 1. fr. 44. D. ibid. C. 11. C. II, 19.

del gestor (1): 4.° y último, que el dueño de los negocios no haya prohibido expresamente bien por escrito, bien en presencia de testigos la gestion de aquellos (2). Cuando concurren estas condiciones, la gestion obliga al propietario de los negocios, aun cuando personalmente fuese ineficaz de obligarse (3).

§. 762. *Efectos de la gestion de negocios.*

El gerente queda obligado: 1.° á la conclusion del negocio que emprendió sin mandato, aun en el caso que falleciese el dueño durante la gestion, y bajo la pena de pagar los daños que la separacion ó el abandono cause; y á perder el derecho de indemnizacion (4): 2.° es responsable, y presta toda clase de culpa (5), y por consecuencia está obligado á pagar las sumas que correspondiendo al negocio, por su omision

(1) Fr. 10. §. 1. fr. 22, 27. pr. D. ibid. Sin embargo, el pupilo es una excepcion de lo dicho, no está obligado para con aquel que ha administrado sus negocios si no es en tanto, que se ha hecho mas rico.- fr. 6. pr.; fr. 37. pr. D. ibid.

(2) Fr. 8. §. 3. ibid.- fr. 40. D. XVII.-C. 24. C. II, 19.

(3) Fr. 3. §. 5. fr. 6. pr. D. III, 5.

(4) F- 17. §. 3. D. XIII, 6: fr. 21. §. 2. D. III, 5.- C. 20. C. II, 19.

(5) §. 1. J. 3. III, 27 (28).-fr. 23. D. L. 17.-fr. 32. pr. D. III, 5.- fr. 25. §. 16. D. X, 2,-C. 20. C. II, 19. Hay casos sin embargo en los que solo debe prestar el dolo ó la culpa grave, por ejemplo, cuando toma á su cargo una cosa agena que á no hacerlo asi se hubiera perdido irremisiblemente: fr. 3. §. 9. D. III, 5; hay otros en los que está obligado hasta el caso fortuito, por ejemplo, cuando emprende un negocio inusitado expuesto á grandes riesgos, fr. 11. ibid. ó cuando se encarga de los negocios de otro á pesar de habérselo éste prohibido expresamente: fr. 8. §. 3. ibid. C. 24. C. II, 19.

hubiera dejado de percibir (1): 3.° Debe dar cuenta del resultado de la gestion, y concluida ésta restituir al dueño del negocio cuanto por él hubiere adquirido (2): 4.° el dueño puede usar de la accion *negotiorum gestorum directa* para obligar al gestor al cumplimiento de estas obligaciones (3).

Tambien el dueño está obligado 1.° á reintegrar al gestor de todos los gastos é impensas que haya hecho en la gestion con los intereses de las mismas, desde el dia en que las invirtió (4): 2.° debe libertarle de las obligaciones contraidas por causa de la gestion (5): 3.° la accion que compete al gestor contra el dueño se llama *negotiorum gestor contraria* (6).

§. 763. *De la accion funeraria* (7).

Los cuidados que se emplean con un difunto sin mandato de aquel á quien incumbe la obligacion, constituyen una especie particular de gestion de negocios. Asi pues el que se encarga de esta gestion ya prestando por sí los servicios, ya pagando el precio de ellos puede por la accion funeraria repetir de aquel que tenia obligacion de prestarlos su importe ó valor: v. g. el que dió ó pagó la sepultura de un difunto, sino lo hizo con ánimo de efectuar una dona-

(1) Fr. 19. §. 4, ibid. Cf. fr. 19. §. 1. ibid. C. 24. C, IV, 32. Si ha empleado en su propio servicio las sumas que pertenecian al propietario debe pagar un interes de 12 por 100. fr. 38. §. 1 ibid.

(2) §. 1. J. III, 27. (28).-fr. 2, D. ibid.

(3) §. 1. J. cit.

(4) Fr. 45. D. ibid.-Cf. fr. 2 fr. 19. §. 4. fr. 37. D. ibid. C. 18. C. II, 19.

(5) Fr. 2. D. ibid.

(6) §. 1. J. cit.

(7) D. XI, 7.

cion (1) tiene derecho á que se le pague lo que se invirtió en este objeto, siempre que los gastos fueran proporcionados á los medios del difunto; es decir, que no fueran ni excesivos ni mezquinos (2). La accion funeraria de tal modo es privilegiada por las leyes, que en concurrencia con los acreedores á los bienes del finado, las impensas funerarias son las primeras que deben satisfacerse (3); y por excepcion á la accion contraria *negotiorum gestorum*, la *funeraria* tiene lugar aun cuando el obligado á dar sepultura al cadaver, prohibiera expresameute hacerlo al gestor (4).

§. 764. B. *De la comunion.*—1. *Comunion en general.*

Cuando entre muchas personas tiene lugar casualmente y sin mediar contrato una comunion de bienes *communio incidens*, se forma entre aquellas con respecto á estas cosas un lazo semejante al que existe entre varios consorcios (5), tales son los casos de una sucesion comun entre muchos herederos de cosas individuales comunes entre diversos copropietarios, y de una comunion ocasionada por la confusion de los linderos de tierras, y fundos contiguos que pertenecen á diferentes dueños.

(1) Fr. 14. §. 7. ibid.-fr. 27. §. 1.; fr. 44, D. III, 5.-C. 11. C.II, 19.
(2) Fr. 12. §. 5; fr. 14. §. 5. 6. 10. D. XI, 7.
(3) Fr. 13. §. 1; fr. 45. D, ibid.-C. 22. §. 9. C. VI, 30.-Paul. Sent. rec. I, 21. §. 15.
(4) Fr. 14, §. 13-17. D. ibid.
(5) §. 3, 4. J. III, 27 (28).-fr. 25. §. 16. D. X, 2.-fr. 2. D. X. 3.-fr. 31. D. XVII, 2.

§. 765. 2. *De la sucesion y de las cosas individuales comunes* (1).

Cuando el objeto de la comunion es una sucesion, ó una cosa individual, cada coheredero ó cada copropietario, tiene el derecho de intentar contra el otro una accion para dividir (2). El coheredero ó copropietario que hasta entonces ha administrado la herencia ó cosa comun, está obligado á dar cuenta de su administracion y á dividir proporcionalmente con los demas cuanto ha adquirido (3). Tambien está obligado á conducirse en la gestion como en sus propios negocios (4); y cada uno de los interesados se constituye en la obligacion de reembolsar al gestor, en proporcion á la parte que representa, de todos los gastos é impensas que haya hecho en la administracion de la herencia ó cosa comun (5). Esta accion, que no nace de la voluntad de los obligados, sino es de la *versio in rem (actio ex re venit)* se intenta igualmente contra los partícipes que no se obligan, aun cuando consientan v. g. contra los pupilos y los locos (6).

(1) §. 3, 4. J. III, 27 (28). D. X. 2 y 3.-C. III, 36-38.
(2) El derecho de intentar las acciones para que se dividan una cosa comun ó una herencia, nace de la coopropiedad ó del derecho del coheredero. Aqui solo se habla de las prestaciones personales que provienen de la comunion.
(3) Fr. 19. D. X. 2. Cf. fr. 6. §. 2. D. X. 3.
(4) Fr. 25. §. 16. D, X. 2.-fr. 20. D. X. 3.
(5) C. 18. §. 1. C. III. 36.-fr. 18. §. 3. D. X. 2.-fr. 4. §. 3; fr. 14. §. 4.; fr. 29. pr. D. X. 3.
(6) Fr. 46. D. XLIV, 7.

§. 766. 3. *De la confusion de límites* (1).

Los mismos principios se aplican generalmente á la confusion fortuita de los límites. Cada uno los interesados puede efectivamente gestionar contra el otro para que se rectifiquen: cada uno debe dar cuenta á los demas del uso que haya hecho, y frutos que haya percibido de cosa comun, y asi como está obligado á restituirlos é indemnizar el daño causado por su culpa con mas los intereses, asi tambien tiene derecho á exijir el reintegro de las impensas y gastos que haya invertido (2).

§. 767. 4. *Acciones divisorias.*

Las acciones divisorias *judicia divisoria*, que tienen lugar entre los interesados en una comunion fortuita, tienen por objeto la division del bien comun y el cumplimiento de las obligaciones que nacen de la comunion. Bajo el primer concepto suponen un derecho real en la cosa: bajo el segundo son acciones puramente personales y asi no pueden dirigirse, sino es contra aquel á quien el actor concede un derecho igual á la cosa; de aqui es, que se las llama tambien *actiones mixtæ* (3). Consideradas bajo otro aspecto tambien se llaman *judicia duplicia* (§. 493) porque cada una de las partes puede ser actor y reo (4). A las acciones divisorias pertenecen el *judicium ó actio familiæ erciscundæ* por la

(1) D. X. 1.-C. III, 39.
(2) Fr. 4. §. 1, 2. D. X. 1. C. 1. C. VII, 51.
(3) §. 20. J. IV, 6.-fr. 1. D. X. 1.-fr. 22. §. 4. D. X. 2.-fr. 1. D. X. 3.-Theoph. ad §. 20, J. IV, 6.
(4) Fr. 10. D. X. 1.-fr. 2. §. 3. D. X. 3.- r. 13. D. V. 1. En este sentido se las llaman tambien *actiones mixtæ*, en lugar de *judicia duplicia*. Por ejemplo fr. 37. §. 1. D. XLIV, 7.

cual se demanda la division de una herencia comun y el cumplimiento de las obligaciones indicadas (§. 765), el *judicium ó actio communi dividundo*, por la cual se intenta la division de una cosa comun, y el cumplimiento de las mismas obligaciones; finalmente el *judicium finium regundorum*, por la cual se pide la fijacion de los límites y los daños é intereses.

§. 768. C. *Del pago de lo indebido.—1. Nocion.*

El pago de lo que no se debe, *solutio indebiti*, produce tambien una obligacion *quasi ex contractu*. Efectivamente, el que por error dió ó prestó á otro una cosa sin deberlo, puede repetir lo que dió, como si lo hubiera prestado (1). La voz *solutio in debiti*, se toma aqui en un sentido mas lato, y comprende tambien el caso en que alguno prestó contra otro un hecho indebido (2), ó se hizo cargo de una deuda, á la cual no estaba obligado (3), ó renunció á un derecho, ó pagó una deuda creyéndose obligado al pago (4).

§. 769. 2. *Condiciones de esta obligacion.*

Para que se contraiga esta obligacion y haya lugar á la *condictio in debiti* es necesario concurran las circunstancias siguientes: 1.° que no se deba lo que se pagó ó prestó (5); asi,

(1) Gaj. III. 91.-§. 6. J. II, 27 (28).-§. 1. J. III, 14 (15)-D. XII, 6.-C. IV, 5.
(2) Fr. 26. §. 12; fr. 40. §. 2. D. XII, 6.
(3) Fr. 31. D. ibid.-C. 3. C. IV, 5.
(4) Fr. 39; fr. 22. §. 1. D. ibid.
(5) Fr. 22. pr.; fr. 37, 40. D. XII, 6.-fr. 16. §. 1. D. XVI, 1. fr. 45. pr. D. L. 17.-C. 18. C. IV, 32.-C. 3. C. III, 43.

pues, el que pagó lo que naturalmente debia no puede repetirlo (1), tampoco el que, debiendo desde cierto dia ó con cierta condicion, paga antes de llegar el dia ó cumplirse la condicion, constándole que el dia y la condicion han de llegar (2), de suerte que el pago de lo indebido se verifica, cuando se paga lo que otro debe ó á quien no se debe (3): 2.° es necesario que el pago se haga por error de hecho; de aqui que el que paga lo que le consta no debe, ó paga por error de derecho, no puede repetirlo (4). Esta regla no tiene aplicacion contra el que pagó á consecuencia de una obligacion absolutamente reprobada, *plene reprobata* (5), contra el que legalmente no puede pagar, v. gr., un menor (6), ni en el caso en que las leyes autorizan la repeticion del pago, cuando no hay error ó al menos solo le hay de derecho (7): 3.° que aquel á quien se hizo el pago lo recibiera de buena fé, porque si recibió, sabiendo que nada se le debia, es considerado como ladron, y queda obligado en tal concepto (8).

---

(1) Fr. 13; fr. 26. §. 9; fr. 38. pr.; fr. 40. pr. D. XII, 6.-fr. 9. §. 4. 5; fr. 10. D. XIV, 6.-fr. 7. §. 4. D. II, 14.-fr. 5. §. 2. D. XLVI, 3.

(2) Fr. 10, 17. 18.-D. ibid. Mas si es aun incierto que llegue la condicion, ha lugar á la repeticion: fr. 16. pr. D. ibid.

(3) Fr. 65. §. 9; fr. 19 §. 1; fr. 22. pr. D. XII, 6.-C. 8. C. IV. 5.

(4) Fr. 1. §. 1. ibid.-fr. 53. D. L. 17.-C. 10. C. I, 18.-Cf. fr, 2. pr.; fr. 26. §. 2; fr. 65. §. 2; D. XII, 6.-C. 6, 7, 9; pr. C. IV, 5.-C. 9, 10. C, VI, 50.

(5) Fr. 23. §. 2. D. XII, 6.-C. 9. C. IV, 29.-C. 3. C. III, 43.

(6) Fr. 29. D. XII, 6.

(7) Por ejemplo C. 36. §. 2. C. VIII, 54.

(8) Fr. 18. D. XIII, 1.-fr. 43. pr. §. 1. D. XLVII, 2.-fr. 38. §. 1. D. XLVI, 3.

§. 770. 3. *De la condictio in debiti.*

La accion que nace del pago de lo indebido (*solutio in debiti*), y que se ejercita para la restitucion de lo que indebidamente se pagó, se llama *condictio in debiti*: su objeto es: 1.° si se dió indebidamente una cosa, revindicar la misma ó su valor si era fungible, independientemente de sus frutos y accesiones (1), y sin exigir intereses por el tiempo que precedió al acto de entablar la accion (2); pues generalmente el que recibió la cosa no está obligado á restituir mas, que aquello en que se enriqueció (3), si bien tiene el derecho al reintegro de los gastos que hizo por la misma cosa (4): 2.° cuando sin obligacion se prestó una fianza, el objeto de la accion es levantar esta misma (5): 3.° si se renunció indebidamente un derecho á una deuda, la accion tiene por objeto anular la renuncia y readquirir el derecho á la deuda (6): 4.° si se obligó uno á pagar lo que no debia, la condicion sirve para anular la obligacion y exigir se devuelva el quirógrafo (7): 5.° y último, si se han prestado hechos indebidos, se demanda la competente indemnizacion en metálico (8).

---

(1) Fr. 7; fr. 15. pr. D. XII, 6.
(2) C. 1. C. IV, 5.
(3) Fr. 3; fr. 32. pr. D. XII, 6.
(4) Fr. 65. §. 5. D. ibid.
(5) Fr. 31, 39. D. ibid.; fr. 1. pr. D. XXXVI, 4.
(6) Fr. 22. §. 1. D. XII. 6.
(7) C. 3. C. IV, 5.
(8) Fr. 26. §. 12; fr. 40. §. 2. D. ibid.

TITULO II.

OBLIGACIONES QUE NACEN DE UN CUASI DELITO.

§. 771. *Nocion de estas obligaciones.*

Asi como las obligaciones que nacen de los cuasi contratos, se parecen á las que nacen de los contratos, asi las que nacen de los cuasi delitos, tienen analogía con las que producen los delitos, porque su objeto es igual, la reparacion del daño causado, y la imposicion de una pena privada; que si bien no son verdaderos delitos, en el sentido que á esta voz se dá por el derecho romano, ó al menos segun los principios generales, tampoco producian la obligacion que debieran segun las disposiciones de las leyes (1).

§. 772. I. *Casos en que uno es responsable del hecho ageno.*—A. *Effussum et dejectum.*

Hay dos casos en que estamos obligados á responder del hecho ilícito ageno, aun cuando en él no hayamos tenido parte, si bien conservamos la repeticion contra el delincuente.

1.° Cuando vertiendo ó arrojando alguna cosa á la calle desde las ventanas ó balcones y sin aviso anterior, se causa por este hecho un daño á alguna persona; en este caso la accion de *effusis et dejectis*, que entre los romanos tenia por objeto el pago del doble (2), se dirijia no contra el verdadero

(1) J. IV, 5; et Theoph. ad h. tit.
(2) §. 1, 2. J. IV, 5.-fr. 1. pr. §. 4.-fr. 6, §. 2. D. IX, 3.

delincuente, sino es contra el que habitaba la casa, ya sea inquilino ó propietario, y siendo muchos contra todos solidariamente (1).

§. 773. B. *Damnum in navi, vel caupona datum.*

Cuando el que conduce cosas agenas, se desvia del camino recto, ó cuando los dependientes del patron de un buque, ó los criados de un posadero, causan daño en las cosas que conducen ó custodian, el dueño de las mismas tiene el derecho de exigir la reparacion del daño causado, y el doble por via de pena del conductor, capitan ó posadero (2); si éstos fuesen muchos, y ejerciesen su profesion en comun, la repeticion se hace en proporcion á la parte que cada uno representa (3).

§. 774. II. *Casos en que uno se obliga por su propio hecho como por un delito.*—A. *judex qui litem suam facit.*

Hay otras cincunstancias en que cualquiera es responsable de su propio hecho ilícito, como por un cuasi delito, porque las leyes no clasifican de delito estos hechos.

En primer lugar, el juez que á sabiendas ó por imprevision falla injustamente, hace el proceso suyo (*litem suam facit*) y no habiendo medio de derecho alguno para reponer

(1) Fr. 1. §. 10; fr. 2, 3. ibid.-Cf. fr. 5. pr. ibid.
(2) §. 3. Inst. IV, 5.-fr. 7. pr. §. 1. D. IV, 9.-fr. 5. §. 6. D. XLIV, 7. Esta accion *quasi ex delicto nautarum cauponum* que era penal, no debe confundirse con la accion *de recepto*, de la cual se ha hablado. §. 731.
(3) Fr. 7. §. 5. D. IV, 9.

el perjuicio que se causó á una de las partes, el juez á peticion de ésta puede ser condenado á la reparacion del daño y á una pena arbitraria (1).

§. 775. B. *Positum aut suspensum.*

Cuando en una calle frecuentada, se cuelga ó suspende algo que con su caida pueda producir daños, cualquiera que lo vea ó note, tiene derecho á intentar la accion de *possitis et suspensis*, para que quitando el objeto que podia producir el daño, se condene al que lo puso ó permitió que se pusiera á la pena privada de diez áureos, cuya accion no se intenta contra el que habita la casa (2).

TITULO III.

DE OTRAS VARIAS OBLIGACIONES.



§. 776. I. *Actio exercitoria* (3).

Ademas de las obligaciones que nacen de los cuasi contratos y cuasi delitos, hay otras varias causas que producen obligaciones *ex variis causarum figuris*, y de las que las mas notables son las siguientes:

El que equipa un navío, *exercitor navis*, para el comercio,

(1) Gaj. IV, 52.-pr. J. IV, 5.-fr. 6. D. L, 13.-fr. 15, 16, D. V, 1.-C. VII, 49.
(2) §. 1. J. IV, 5.-fr. 5. §. 6. 9.-13. D. IX, 3.
(3) Gaj. IV, 71.-§. 2. J. IV, 7.-D. XIV, 1.-C. IV, 25.

ó para la navegacion (1), queda obligado por los contratos relativos á los negocios del buque (2) que haga el capitan *(magister navis)* y sus sustitutos, con tal que éstos no traspasen las órdenes que aquel le diera *(lex præpositionis)*. El obligado por esta causa puede ser demandado, como si él mismo contrajera por la *actio exercitoria* (3). Si hay muchos capitanes ó patronos, todos son obligados solidariamente, si bien gozan del beneficio de division (4); pero sus herederos no lo son mas que en la parte y porcion que á cada uno le corresponde (5). Mientras que el capitan ejerce su cargo, puede ser reconvenido, para que con los fondos del armador cumpla las obligaciones que contrajo (6); pero despues que cesó en él, no puede serlo, sino es en el caso en que por cualquiera motivo se hubiera personalmente obligado (7). Recíprocamente el armador ó dueño de la nave puede demandar á un tercero el cumplimiento de las obligaciones que contrajo con el capitan para los negocios del buque (8).

(1) Importa poco que el navío pertenezca ó no al armador. fr. 1. §. 15. D. XIV, 1.
(2) Fr. 1. §. 1, 5. D. ibid. El capitan puede nombrar quien le reemplace, aun cuando le está prohibido este derecho. fr. 1. §. 5. cit. in fine.
(3) Fr. 1. §. 7, 12. D. ibid.-§. 2. fr. 2. J. IV, 7.
(4) Fr. 1. §. 25. ibid.
(5) Fr. 14. D. XIV, 3.
(6) Fr. 1. §. 17. D. XIV, 1.
(7) Fr. 67. D. III, 3.-Arg. fr. 1. §. últ. D. XV, 4.-fr. 15, 19. D. XLVI, 8.-fr. 6. §. 1, 2; fr. 57. §. 1. D. XII, 6.
(8) Fr. 1. §. 18. D. XIV, 1.-fr. 1, 2. D. XIV, 3.-fr. 13. §. 25. D. XIX, 1.

§. 777. II. *Actio institutoria.*

Los principios sentados en el párrafo anterior se aplican al gefe de una casa de comercio (*dominus tabernæ sive negotiationis*), que colocó en su lugar un factor (*institor*) á quien confió ya en todo, ya en parte la direccion de su comercio: el dueño de la casa lo mismo que el capitan de la nave queda obligado por los contratos del factor, y puede ser demandado por la *actio institutoria* (1) con tal que estos contratos versen sobre los negocios confiados al factor, y en ellos haya obrado *secundum lex præpositionis* (2). El factor no puede delegar sus facultades si expresamente le está prohibido (3). El dueño de la casa de comercio, puede repetir de los terceros obligados el cumplimiento de los contratos que celebraron con su factor (4).

§. 778. III. *De la obligacion que contrae el padre de familia por su hijo.*

El derecho romano ha establecido la regla siguiente: el padre adquiere por los contratos del hijo constituido en la patria potestad; pero los contratos de éste no son obligatorios á aquel (5), cuya regla sufre por causas particulares las excepciones siguientes:

1.° Contratando el hijo por órden de su padre con un tercero puede demandársele el pago de toda la deuda con-

(1) Gaj. IV. 71.-Paul. II, 8.-§. 2. J. IV.-D. XIV, 3. C. IV, 25.
(2) Fr. 5. §. 11.-15. D. XIV, 3.
(3) Fr. 1. §. 5. D. XIV, 1.
(4) Fr. 1, 2, D. XIV. 3,-fr. 13, §. 25. D. XIX, 1.
(5) Pr. §. 1. J. II, 9.-pr. J. III, 28 (29).-fr. 39. D. XLIV, 7.-fr. 5, pr. D. XIV, 5.-C. IV, 26.

traida por el hijo, por medio de la accion *quod jussu* (1).

2.° Dando el padre un peculio á su hijo; queda obligado por los contratos que éste haga, aun sin su conocimiento, en tanto cuanto importe el peculio, y cuyo cumplimiento se demanda por la accion de *peculio*; reservándose al padre el derecho de retener sus propios créditos (2).

3.° Permitiendo el padre que el hijo haga el comercio con mercaderías que constituyen parte de su peculio profecticio, queda obligado por los contratos que éste haga, y los acreedores tienen derecho á ejercitar la accion *tributoria*, y obligar al padre á que divida con ellos proporcionalmente las mercaderías existentes sin que en éste caso obtenga preferencia por sus propias deudas (3).

4.° Cuando el contrato que celebró el hijo se convirtió en utilidad y provecho del padre, *in rem patris versum*, éste queda obligado al pago de las deudas que el hijo contrajo en tanto cuanto del contrato se aprovechó, y la accion que ejercita el acreedor se llama *actio in rem verso* (4). En derecho romano tiene esto lugar solamente cuando el que contrajo con el actor obra como *negotiorum gestor* de un tercero (5), porque no basta para producirse esta accion

(1) Gaj. IV, 70.-pr. §. 1, J. IV, 7.-D. XV, 4 y XIV, 5. C. 13. C. IV, 26.-Cod. Theod. II, 31.
(2) Gaj. IV, 73.-Cod. Gregor. III, 6.-Cod. Theod. II, 32.-§. 4. J. IV, 7.-§. 36. J. IV, 6.-D. XV, 1.-C. 1· 2. C. IV, 26.-Respecto á las acciones del hijo que no está autorizado no obligan al padre sino en tanto se ha hecho mas rico, fr. 58. D. L. 17.-fr. 3. §. 12, D. XV, 1.
(3) Gaj IV, 72.-§. 3, J. IV7. D. XIV, 4.-fr. 11, §. 7, D. XIV, 3.-fr. 5. 15, 16. D. XIV, 4.
(4) Gaj. IV, 73, 74. §. 4. J. IV, 7.-D. XV, 3.-C. 3, C. IV, 26.-Paul. II, 9.
(5) §. 4. J. IV, 7.-C. 7. §. 1. C. IV, 26.

que la utilidad de un contrato ceda fortuitamente en beneficio de un tercero (1). Todas las acciones de que hemos hecho mencion en los §§. 776, 778 se llaman *actiones adjectitiœ qualitatis* las que carecen de significacion propia por que toman el nombre del contrato que las produce (2).

§. 779. IV. *Lex Rhodia de jactu* (3).

Cuando por salvar un navio que en la mar corre peligro de irse á fondo, se arrojan parte de las mercaderías ó efectos que conduce para salvar el resto, ó las que quedan se averían y sufren deterioro, los dueños de éstas y de aquellas pueden exijir de los propietarios del buque, y de las mercaderías salvadas una restitucion proporcionada á la parte del cargamento que cada uno llevaba (4). Pero el obligado á contribuir á esta indemnizacion no lo es mas que en la parte que le corresponde, de modo alguno á la de los demas (5).

2.° Para graduar la restitucion del daño que cada uno ha sentido han de valuarse las mercaderías que se arrojaron

(1) Fr. 49, D. XII, 6.-C. 8, C. IV, 34.-C. 15. C. IV. 2.-C. 13, C. IV, 10.

(2) Fr. 5. §. 1. D. XIV, 1.-Por ejemplo *actio empti*, *venditi institutoria*.-fr. 5. §. 12. D. XIV, 3.

(3) Paul. II, 7.-D. XIV, 2.

(4) Fr. 1. D. XIV, 2. Lege Rhodia cavetur, ut si levandæ navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sartiatur, quod pro omnibus datum est, fr. 4. §. 2. ibid. Tambien es aplicable el mismo principio al caso en que se la haya salvado de otro peligro sacrificando parte del cargamento, por ejemplo cuando ha sido rescatado del poder de los corsarios, fr. 2. §. 3; fr. 4, pr. ibid.

(5) Fr 2. §. 6. ibid.

á la mar por el precio que costaron; las salvadas por el precio en que probablemente se venderian.

3.° Si no obstante á haber arrojado parte del cargamento, pereció el buque en aquel peligro, y no en otro posterior, no ha lugar á la demanda de restitucion.

4.° No procede la restitucion en derecho romano cuando las mercaderías del que sintió pérdida eran conducidas por cierto flete, que en este caso debia ejercitar contra el patron del buque la accion *ex locato* y éste dirijirse á intentar contra el dueño de las mercaderías salvadas la accion *conducti* (1).

§. 780. V. *Actio ad exhibendum*.

Muchas veces antes de ejercitar una accion nos interesa examinar, ó conocer una cosa, ó un acto que otro posee, ya sea que tratemos de revindicar la misma cosa, ya sea que el acto confirme el derecho que pensamos reclamar; en este caso, acreditando legalmente nuestro interés, podemos por medio de la accion *ad exhibendum*, y á expensas nuestras, obligar al poseedor de la cosa ó del acto, á que nos lo manifieste para examinarlo (2). Tambien se hace uso de la accion *ad exhibendum*, cuando dos cosas que pertenecen á diferentes dueños, estan de tal modo unidas, que no pueden separarse, sin sufrir deterioro; en cuyo caso, pidiéndolo el coopropietario, está obligado el poseedor de aquellas á efec-

(1) Fr. 2. pr. D. ibid.

(2) Dig. X. 4.-fr. 1. pr. XLIII, 5.-Dig. II, 13.-Cód. III, 42.-II, 1. VIII, 7.

tuar la separacion, para que cada uno sea puesto en posesion de la que le pertenece (1).

§. 781. VI. *Condictio sine causa* (2).

Cuando se dió una cosa á aquel que ó no tuvo derecho para retenerla, ó si le tuvo, le perdió despues, á falta de otra accion puede repetirse con sus frutos, sus accesiones, y sus intereses (3) por la *condictio sine causa* (4).

§. 782. VII. *Condictio ob turpem causam* (5).

El que recibió de otro una cosa por una causa ó fin torpe *(turpiter acceptum)*, debe devolverla sin los intereses (6) al donante, si éste la reclama por la *condictio ob injustam, sive turpem causam* (7), ó á no ser que la justicia ó infamia estuviera solo de parte del donante *turpiter datum* (8), ó de parte de uno y de otro, *turpiter datum et aceptum* (9).

(1) Fr. 6. D. X, 14.
(2) D. XII, 7.-C. IV, 9.
(3) Arg. fr. 50. pr. D. XXIII, 3.-fr. 32. D. XII, 1.
(4) V. g. fr. 20. D. XII, 6.-fr. 50. D. XXIII, 3.-fr. 5. §. últ. fr. 6; fr. 33. §, 1. fr. 39; fr. 48. D. XXIV, 1.-C. 4. C. IV, 9.-C. últ. C. VIII, 43. C. 2, 3. C. VIII, 55.
(5) D. XII, 5.-C. IV, 7.
(6) C. 4. C. IV, 7.
(7) Fr. 1, 2. fr. 4. §. 2. D. XII, 5.
(8) Fr. 4. §. 3 ibid.
(9) Fr. 3. ibid.

§. 783. VIII. *Damnum infectum* (1).

Si el dueño de una cosa, ó el que la posee por un derecho real (2), teme que la ruina del edificio contíguo cause un daño en el suyo, puede pedir que el propietario del edificio ruinoso, ó el poseedor por derecho real, y cuando aquel es incierto, el simple poseedor, aseguren el daño ó perjuicio *cautio damni infecti* (3). Esta accion tiene tres términos: primeramente se exige la *caution* como hemos dicho; negada ésta, se entabla la *missio ex primo decreto*, por la cual se confiere al acreedor la guarda de la cosa, y un derecho de hipoteca y de prenda pretoria en la misma. Si por este medio despues de transcurrir algun tiempo aun no se obtuviese la *caution*, el acreedor ejercita la *missio ex secundo decreto*, y por ella obtiene la propiedad del edificio, siendo dueño el adversario, no siéndolo la posesion, propia para usucapir (4).

§. 784. XI. *Noxa et pauperies.*

Noxa es el daño causado por un esclavo: el dueño de éste queda obligado á la reparacion, pero podia librarse de ella, dando al esclavo *(noxæ deditio)* (5). Es un principio en derecho romano, que el daño causado por un animal debe repararle su dueño, cuyo principio aun hoy tiene aplica-

(1) D. XXXIX, 2.
(2) Fr. 11. fr. 13. §. 9. ibid.
(3) Acerca del modo de prestar la caucion; vide fr. 30. §. 1. ibid.
(4) Fr. 7. pr. fr, 15. §. 16, 17; fr. 18. §. 15. D. ibid.-fr. 3. §. 23. D. XLI, 2.
(5) Gajus IV, 75, 79.-Inst. IV, 8.-D. IX, 4.

cion (1). Sin embargo, en tanto incumbe al señor la obligacion de reparar el daño que ocasionó el animal, en cuanto siendo éste salvaje (2), puede imputarse á aquel alguna culpa; y si era doméstico cuando dañó, sin excitarle, y con tal que el animal obre contra su naturaleza *contram naturam sui generis*, un daño de esta especie se llama *pauperies*, y la accion que se ejercita contra el propietario del animal *actio de pauperie* (3). La accion es directa, cuando el animal era un cuadrúpedo; útil si pertenecia á otra cualquiera especie (4); y segun la regla *noxa sequitur caput*, se entabla contra el que era dueño del animal, cuando se incohó, no contra el que lo era, cuando causó el perjuicio (5). En todos casos puede el dueño obtar entre la reparacion del daño causado por el animal, ó abandonar éste al perjudicado *noxæ dare* (6), á no ser que niegue á sabiendas el dominio del animal, pues entonces queda obligado á reparar pura y simplemente el daño (7). Esta obligacion se extingue, si el animal muere antes de que la accion se ejercite (8).

---

(1) Inst. IV, 9.-D. IX, 1.
(2) Fr. 1. §. 10. D. IX, I,-pr. J. IV, 9.
(3) Fr. 1. pr. §. 2, 3, 12, 17, ibid.
(4) Fr. 4. D. IX, 1. El que ignorando el derecho conduce el ganado al fundo de otro, puede ser demandado por la accion *de pastu pecoris*; pero si le llevó á un fundo suyo propio, para que se comiera las cosas que otro hubiera llevado allí, se puede intentar contra él la accion *in factum*. fr. 14. §. 3. D. XIX, 5.
(5) Fr. 1. §. 12. D. IX, 1.
(6) Fr. 1. pr. §. 14. D. IX, 1.
(7) Fr. 1. §. 15. ibid.
(8) Fr. 1. §. 13. ibid.

SECCION III.



DE LA EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES. (1)

§. 785. *Las obligaciones se extinguen por el mismo derecho ó por via de excepcion.*

El derecho romano distinguia esencialmente las obligaciones que concluyen ó se extinguen por el mismo derecho, y las que se extinguen por via de excepcion, *obligatio tollitur, aut ipso jure, aut per exceptionem* (2); pero esta distincion no se referia mas que á las obligaciones de derecho extricto *stricti juris*. La obligacion se extinguia de derecho cuando la causa estintiva de tal modo la destruia, que en derecho civil no producia accion alguna, á estas causas pertenecen el pago, *solutio*, la novacion, *novatio*, y la aceptilacion, *aceptilatio*. La obligacion se extinguia por excepcion *per exceptionem*, cuando subsistiendo eficaz en derecho civil el pretor concedia al deudor una excepcion que perpetuamente podia oponerse, v. gr., cuando se habia remitido una deuda por aceptilacion la obligacion quedaba extinguida por derecho, y ninguna accion podia intentarse; pero si la remision de la deuda era debida al pacto de *non petendo* ó á que el deudor contestó á la demanda de su acreedor con el juramento de no deber, la deuda no se extinguia *ipso jure*, y la accion podia intentarse en derecho civil, si bien su ejercicio no tenia efecto oponiendo la excepcion *pacti conventi*,

---

(1) Inst. III, 29 (30).
(2) Gaj. III, 168-181. IV, 116, 117.

ó juris jurandi præstiti (1). Hoy carece de aplicacion la distincion entre las obligaciones que se extinguen por el mismo derecho, ó por via de excepcion, porque todas son de buena fé, (*bonæ fidei*); asi es que la division mas natural de las causas que extinguen las obligaciones *generales*, es decir, aquellas que extinguen todas las especies de obligacion cualquiera que sea su origen ó en aquellas que no extinguen sino en ciertas especies.

CAPITULO PRIMERO.



CAUSAS GENERALES DE LA EXTINCION.

§. 786. I. *Del pago.—A. Nocion.*

El pago (*solutio*) (2) pertenece á las causas generales que extinguen las obligaciones; pagar en el sentido extricto (3) es dar ó entregar aquello que constituye el objeto de la obligacion (*præstatio ejus quod et in obligatione*) (4).

§. 787. B. *Condiciones del pago.—1. Con relacion á las personas.*

Para ser válido el pago con relacion á la persona que e hace, ha de ser ésta de aquellas que pueden enagenar (5).

(1) §. 2.-5. J. IV, 13.-Gaj. IV, 116, 117.
(2) D. XLVI, 3.-Cod. VIII, 43.-pr. J. III, 20. (30).
(3) Porque en un sentido mas lato el pago (*solutio*) es toda extincion de una obligacion, de cualquier modo que se haga.
(4) Fr. 176. D. L. 16.-fr. 49. D. XLVI, 3.
(5) §. 2 in fine. J. II, 8.-fr. 14. §. 8, D. XLVI, 3. fr. 29. D. XII, 6.

Con esta condicion el pago hecho por otra persona distinta del deudor, aun sin su consentimiento, y contra su voluntad es válido siempre que se verifique con el intento de librarle de la deuda y le acepte el acreedor (1). El pago debe hacerse al verdadero acreedor ó á su mandatario (2), siempre que aquel pueda enagenar sus bienes, porque la aceptacion de un pago comprende una enagenacion, puesto que extingue una obligacion (3).

§. 788. *Con relacion al objeto.*

En cuanto al objeto del pago han de reunirse las circunstancias siguientes: 1.° ha de pagarse aquello que se debe, porque el acreedor no está obligado á aceptar contra su voluntad una cosa que no tiene derecho á pedir. Sin embargo cuando se debe una cantidad de metálico, si el acreedor reclama el pago y el deudor no puede procurarse aquella, le es permitido ofrecer en pago sus mejores bienes, y aun abandonarlos al acreedor despues de un aprecio judicial. Esto es lo que se llama *beneficium dationis in solu-*

(1) Pr. 3, J. III, 29 (30).-fr. 8. §. 5. D. XLVI, 2.-fr. 23, 40 59. D. XLVI, 3.
(2) Fr. 29. D. III, 5. fr. 12. pr.; fr. 32; fr. 34. §. 7; fr. 38, §. 1. fr. 59, D. XLVI, 3.-Si el pago se hace á un tercero v. g. al acreedor del acreedor no queda libre el deudor sino se hace dicho pago con consentimiento del acreedor, á no ser que éste le ratifique despues de hecho: fr. 49, 58, 64. D. XLVI, 3, ó que dolosamente rehusase ratificarle: fr. 6. D. XLIV, 4.
(3) Fr. 15. D. XLVI, 3,-§. 2. J. II, 8. El tutor necesita ademas de autorizacion judicial para recibir el pago de un capital ó los intereses de mas de dos años que excedan de 500 sueldos. C. 25, 27. C. V, 37.

tionem (1). 2.° Para que el deudor quede libre generalmente ha de pagarse la deuda íntegra, á menos que aquel sea de las personas que gozan el *beneficium competentiæ*. El acreedor en este caso no puede exigir de su deudor el completo pago de la deuda, sino es en tanto cuanto éste no venga á indigencia, antes bien conserve medios de subsistir con arreglo á su estado, ó como se dice en derecho romano, no puede ser condenado *nisi in quantum facere potest*. Este beneficio absolutamente personal por su naturaleza para con los deudores, que no aprovecha ni á sus herederos (2) ni á los fiadores (3), gozan de él los esposos entre sí, principalmente el marido cuando la muger le demanda la restitucion de la dote (4), los padres con relacion á sus hijos (5), los hermanos y hermanas entre sí, (6), los individuos de una sociedad por aquello que del capital social se deben mútuamente; el suegro por la dote prometida, si durante el matrimonio se la reclama su yerno (7); los soldados (8): el donante cuando es demandado para el cumplimiento de la donacion (9); el que cedió sus bienes á sus acreedores por aquello que adquirió despues (10); el hijo de familia que nada heredó de su padre, por las deu-

(1) Fr. 2. §. 1. D, XII, 1. Aliud pro alio invito creditori solvi non potest. Gaj. III, 168.-pr. J. III, 29 (30) 1. Sobre la datio in solutum vide C. 16, 17. C. VIII, 43.-Nov. 4. c. 3.
(2) Fr. 25, D. XLII, 1.
(3) Fr. 24. pr. ibid.-fr. 63. §. 1. D. XVII, 2.
(4) Fr. 20. D, XLII. 1.-§. 37. J. IV: 6.-C. ún. §. 7. C. V, 13.
(5) Fr. 16 in fine, ibid.-§. 38. J. ibid.
(6) Tal es la comun opinion. Arg. fr. 63. pr. D. XVII, 2, á causa de las palabras: *jus fraternitatis*.
(7) Fr. 21, 22. pr. D. XLII, 1.
(8) Fr. 6. pr.: fr. 18. ibid.
(9) Fr. 19. §. 1. ibid.
(10) Fr. 4. 6, 7. D. XLII, 3.-§. 40. J. IV, 6.

das que contrajo mientras estuvo en la patria potestad (1), finalmente el derecho canónico le concede tambien á los eclesiásticos (2). 3.° El pago ha de hacerse en el tiempo y lugar convenidos. Si se determinó el lugar, en él debe pagarse, sino en aquel en que se recibió la cosa; cualquiera otra prestacion debe ejecutarse en el domicilio del deudor (3).

§. 789. C. *Efectos del pago.*

Los efectos principales del pago son: extinguir la demanda del acreedor y cancelar todos los derechos accesorios que se constituyeron en seguridad del crédito, principalmente la prenda, hipoteca, y fianzas (4).

§. 790. D. *Prueba del pago.*

El que dice haber pagado lo que debe está obligado á justificarlo en caso de denegacion. La prueba puede prestarse por todos los medios admitidos en derecho, por testigos, por juramento, y sobre todo, por finiquito ó carta de pago (*apocha*) (5). Si la carta de pago viene de un funcionario público, prueba desde el momento mismo, si de un particular no tiene fuerza probatoria sino es despues de treinta dias, pues hasta entonces el que la dió puede oponer la *exceptio, sive replica non soluta pecuniæ*: pasados los treinta dias caduca esta excepcion (6). El que debe por razon de im-

(1) Fr. 2. pr. D. XIV, 5.-fr. 49. D. XLII, 1.-C. 2, 9. C. IV, 26.
(2) Cap. 3. X. 3. 23.
(3) §. 33. J. IV, 6.-D. XIII, 4.-C. III, 18.
(4) Pr. J. III, 29, (30).-fr. 43. D. XLVI, 3.
(5) Cod. X. 22.-Nov. 90. c. 2.
(6) C. 4. C. X, 29.-C. 14, §. 2. C. IV, 30.

puestos públicos, no está obligado á probar, manifestando la carta de pago de los tres últimos años que pagó los anteriores, á no ser que haya reconocido por escrito la deuda (1). Ordinariamente aunque sin razon bastante, se aplica esta regla en los casos en que alguno está obligado á pagar en plazos á particulares rentas ó intereses.

§. 791. II. *De las ofertas reales y de la consignacion.*

La segunda manera de extinguir las obligaciones es la oferta de pagar seguida de la consignacion. Efectivamente, cuando el acreedor rehusa sin causa recibir el objeto de la obligacion que su deudor le ofrece, no solamente de palabra, sino es realmente, de la manera convenida y en el tiempo y lugar fijados, tiene éste el derecho de consignarlo judicialmente. La consignacion produce los mismos efectos que el pago, y como éste extingue la obligacion (2). Depende generalmente de la voluntad del deudor, pero es necesaria para contener el curso de los intereses (3). El deudor conserva igualmente el derecho de recobrar la suma consignada, cuando el deudor pasado largo tiempo no la aceptó, y devolver asi la deuda con todas sus condiciones señaladamente con los intereses á su primer estado (4). Hemos dicho que para que el deudor quede libre es necesario que ofrezca y consigne (*oblatio et depositio*) lo que debe, pero hay ocasiones en que basta lo uno ó lo otro. Tal es

(1) C. 3. C. X. 22.
(2) C; 9. C, VIII, 43.-Cf. fr. 72. pr. D. XLVI, 3.-C. 19. C. IV, 32.
(3) Fr. 7. D. XXII, 1.-C. 6, 9, 19. C. IV, 32.-C. 9. C. VIII, 43.
(4) C. 8. C. VIII, 28.-C. 19. C. IV, 32.

cuando alguno paga intereses módicos y promete en caso de pagar á dia determinado aumentar aquellos, pues en este caso la sola oferta le libra de las consecuencias perjudiciales de la tardanza (1), cuando el deudor no puede pagar con seguridad á su acreedor, ó porque es menor y carece de tutor, ó porque el crédito está secuestrado judicialmente, ó porque se cuestiona entre muchas personas el derecho al mismo, en cuyos casos tambien basta la sola consignacion para libertar al deudor (2).

§. 792. III. *De la compensacion.*

El tercer modo de extinguirse las obligaciones, es la compensacion (3). Cuando dos personas se deben recíprocamente una suma de metálico, ó de cosas fungibles de la misma naturaleza, los créditos recíprocos desde el momento que existen líquidos y efectivos se extinguen por el mismo derecho y sin necesidad de convencion particular (4). Cuando la suma de plata ó la cantidad de los dos créditos es la misma se extinguen los dos absolutamente; pero si las sumas son diferentes, la mayor solo se extingue en tanto, cuanto importe la menor (5). Es indiferente el origen que tengan las obligaciones, pues que puede oponerse para la compensacion una obligacion natural que produce entonces los mismos efectos que una excepcion. La obligacion reprobada por las leyes no puede compensarse con otra que no lo

(1) Fr. 9. §. 1. D. XXII, 1.-C. 9. C. IV, 32.
(2) Fr. 7. §. 2. D. IV, 4.-fr. 18. D. XXII, 1.
(3) D, XXI, 2,-Cod. IV, 31.-§. 30, 39. J. IV, 6.
(4) Fr. 1, 3. D. XVI,2.-C. 4, 14. C. IV, 31.
(5) C. 4. C. ibid.-Cf. §. 30, 39, J. IV, 6.

sea (1). El heredero, el fiador, el cesionario y el deudor á quien se cedió, puede tambien oponer la compensacion (2), pero ésta no tiene lugar cuando se renunció; cuando la deuda es en favor del fisco y procede de impuestos ó de compra que se le hizo (3), cuando se demanda al depositario por la accion *depositi* (4) y en las tomas de posesion ilícita

§. 793. IV. *De la confusion.*

Hay confusion cuando el acreedor y el deudor, cuyas cualidades y personalidad deben ser distintas, se reunen en una misma persona; v. gr., cuando el uno se hace heredero del otro, si la confusion tiene lugar entre el acreedor y el deudor principal, se extingue la obligacion entera con todas sus accesiones (5); si por el contrario se confunden, el deudor principal y el que lo era subsidiariamente obligado, ó éste y el acreedor, la obligacion accesoria, es solamente la que se extingue (6).

§. 794. V. *De la pérdida fortuita de la cosa.*

La obligacion se extingue igualmente por la pérdida fortuita de la cosa, que es objeto de ella (7). Si el acreedor lo

(1) Fr. 6. fr. 14. D. XVI, 2.
(2) Fr. 4, 5, 16. pr. 18. pr. D. XVI, 2.
(3) Fr. 4. 6. §. 5. D. XLIX, 14.-C. 7. C. IV, 31.
(4) §. 36. J. IV, 6,-C. 14. §. 1, C. VI, 31.-C. 11. C. IV, 34.
(5) Fr. 75. fr. 95, §. 2. fr. 107. D. XLVI, 3.-fr. 71. pr. D. XLVI, 1.
(6) Fr. 43. fr. 93. §. 2. D. XLVI, 3.
(7) No sucede lo mismo cuando el objeto de la deuda lo es un género ó una cantidad. V. gr. C. 11. C. IV, 2.

era á cosa cierta, el deudor se libra de la obligacion, pereciendo la especie sin su culpa, y antes que caiga en mora, ya sea por caso fortuito, ya sea que tenga lugar una especificacion que destruya la propiedad (1); si por el contrario el crédito era alternativo, y el caso fortuito no puede imputarse á alguna de las dos partes, el deudor no se libra á menos que perezcan todos los efectos (2), pues que pereciendo uno ú otro de ellos, está obligado á entregar el que quede (3). Si la pérdida fue por culpa de alguna de las partes, ha de distinguirse entre el deudor y el acreedor, si de aquel, pereciendo todos los objetos, está obligado á indemnizar á éste en proporcion de sus créditos, si subsiste un objeto, y el acreedor tenia el derecho de elegir entre varios, puede obtar entre demandar este objeto, ó el objeto del que pereció. Pero si la culpa recae sobre el acreedor, el deudor se libra con solo que perezca uno de los dos objetos prometidos alternativamente (4).

§. 795. VI. *Del concurso de dos títulos lucrativos.*

Cuando una persona tiene derecho de exigir alguna cosa por título lucrativo, se extingue su crédito, si adquiere la misma cosa por otro título tambien lucrativo (5).

(1) Debitor speciei liberatur interitu rei.-fr. 23. D. XLV, 1. -Cf. fr. 82. §. 1. ibid.-fr. 15. §. 3. D. VI, 1.-fr. 14. 1. D. XVI, 3. -fr. 20. D. XIII, 1.-fr. 5. §. 2. D. XVIII, 5.
(2) Fr. 34. §. 6. D. XVIII, 1.
(3) Fr. 2. §. 3. D. XIII, 4.
(4) Fr. 95. pr. §. 1. D. XLIV, 3.-fr. 105. D. XLV, 1.
(5) Fr. 17. D. XLIV, 7.-fr. 83. §. 6. D. XLV. 1. El §. 6. J. II, 20, da un egemplo.

§. 795. VII. *De la novacion*—(1). A. *Nocion.*

Novacion es en derecho romano la transformacion de una obligacion existente en otra nueva diferente de la primera por su forma. Esta transformacion debia verificarse por un contrato formal, ya fuera verbal, ya material *(verbis aut literis)* (2). Mas hoy no existe esta distincion, y la novacion puede decirse que es un contrato celebrado, con el fin de sustituir una nueva obligacion á la antigua que queda extinguida (3). Para que haya novacion se necesitan cuatro condiciones: 1.ª el consentimiento de las partes (4): 2.ª la intencion de novar *(animus novandi)*, porque de lo contrario subsistirian dos obligaciones, la nueva y la antigua (5): 3.ª que exista una obligacion, cualquiera que sea su naturaleza (6): 4.ª finalmente, que se constituya una obligacion eficaz, porque no siéndolo, se extinguiria la obligacion sin reemplazarse por otra (7).

---

(1) Gajus II. 38, 89; III, 176, 179.-§. 3. J. III, 20, (21.)-D. XLVI, 2.-Cód. VIII, 42.
(2) Fr. 1. §. 1; fr. 2. D. XLVI, 2.
(3) Los modernos hacen una distincion entre la *novacion cumulativa* y la *novacion privativa*, segun que la primitiva obligacion continúa asegurándose de nuevo por medio de juramento ó de una cláusula penal, ó que se sustituye una nueva obligacion en lugar de la antigua. Los romanos jamás llamaron *novatio* á la primera, porque toda novacion era, segun ellos, una sustitucion.
(4) C. 1, 6, 8. C. VIII, 42.
(5) Fr. 2; fr. 8. §. 2, 5; fr. 28. D. XLVI, 2.-C. 8. C. VIII, 42. Justiniano declara sin efecto toda novacion tácita ó presunta. Vide tambien §. 3. J. III, 29, (30.)
(6) Fr. 1. §. 1. D. XLVI, 2.
(7) §. 3. J. cit.-fr. 20. §. 1. D. XLVI, 2. Gajus III, 176.

§. 797. B. *Diversas especies de novacion.*

La novacion se obra de diferentes modos. Efectivamente: 1.° no variando las personas del acreedor y del deudor. Tal sucede cuando se muda la causa, se reemplaza con otro el objeto de la obligacion (1), ó se alteran las cláusulas accesorias, de tiempo, lugar, condiciones, fianza, &c.: 2.° cambiando la *persona* del *deudor*. Esta especie de novacion es de dos maneras, ó conviniendo el acreedor y el nuevo deudor sin intervencion del anterior, y á esta novacion se llama *ex promissio* (2) ó transmitiendo el deudor su obligacion á otra persona que el acreedor acepta, y para esta novacion que se llama *delegatio*, se requiere el consentimiento del *acreedor*, y del antiguo y nuevo deudor (3), 3.° transfiriendo éste su crédito á otra persona á quien el deudor reconoce; esta novacion se llama tambien *delegatio*, y se diferencia de la *cessio nominis*, en que esta no contiene novacion porque el deudor no se libra del acreedor como en la delegacion (4).

§. 798. C. *Efectos de la Novacion.*

El efecto de la novacion es extinguir la primera deuda con todos los derechos accesorios de la misma subsistiendo otra nueva (5). De aqui se deduce: 1.° que en la expromi-

---

(1) Fr. 58. D. XLV, 1.-fr. 7. §. 2. D. XLVI, 2.
(2) Fr. 8. §. 5. D. XLVI, 2.-C. 25, C. II, 3. *La expromissio* es una especie de intercesion; las mujeres no pueden usarla. (§. 736, 741).
(3) Fr. 11, 17. D. XLVI, 2.-C. 1, 6. C. VIII, 42.
(4) C. 3. C. VIII, 42.-C. 2. C. IV, 10.
(5) Sin embargo, los derechos de prenda constituidos para seguridad de la deuda extinguida y sus privilegios pueden conservarse respecto del nuevo crédito, fr. 29. D. XLVI, 1. 2.-fr. 1. pr. fr. 15; fr. 18. D. XLVI. 2.-fr. 3. J. III. 29 (30).

sion y delegacion de una *deuda*, el deudor antiguo queda libre, aunque el nuevo sea ó venga á insolvencia á no ser que el acreedor se reservara repetir contra aquel (1). Ni el expromitente ni el deudor delegado pueden aprovecharse contra el acreedor de las excepciones que el hubiera podido oponer al antiguo deudor, ó las que éste tenia derecho á utilizar contra el acreedor (2): 2.° asi mismo en la delegacion *de un crédito* el nuevo acreedor no siendo reintegrado por el deudor carece de todo recurso contra el antiguo deudor, si expresamente no lo estipuló; pero tampoco queda sometido á las excepciones que el deudor habria podido oponer, al antiguo acreedor (3).

§. 799. VIII. *Del pacto remisorio.*

Las obligaciones tambien se extinguen por el pacto remisorio (*pactum de non petendo, pactum remisorium*). Por medios de pactos el acreedor y el deudor pueden librarse de todos ó parte de los créditos y deudas. En derecho romano un pacto remisorio, *pactum de non petendo*, no extinguia la obligacion *ipso jure*, sino es por via de excepcion (4); sin embargo, hay algunos pactos legítimos que producen el efecto de extinguir directamente las obligaciones (5).

---

(1) §. 3. J. cit.-fr. 45. §. 7. D. XVII. 1.
(2) Fr. 12, 13, 19. D. XLVI, 2.
(3) C. 3. C. VIII, 42. Otra cosa sucede en el caso de la simple cesion, vide §. 637.
(4) §. 3. J. IV, 13.-fr. 21, 27, 32. D. II, 14.
(5) Fr. 6; fr. 7. §. 14. al fin: fr. 17. §. 1, 2; fr. 30. pr. D. ibid.

§. 800. IX. *De otras diversas causas de extincion.*

Hay en fin otras diversas causas que extinguen las obligaciones, tales son los actos de última voluntad (1), el juramento (§. 734), los fallos ejecutoriados (2), y la prescripcion de que hablamos en (§§. 498, 499).

CAPITULO II.

CAUSAS PARTICULARES DE EXTINCION.

§. 801. I. *De la aceptilacion.*

Las obligaciones verbales y las obligaciones consensuales se extinguen tambien por causas particulares; las primeras por aceptilacion; las segundas por el disenso; (*contrarius dissensus*) (3).

La aceptilacion es una estipulacion que destruye una obligacion contraida por estipulacion (4); la aceptilacion no extingue mas que la obligacion que nace de la estipula-

---

(1) V. g., por un legado de liberacion, fr. 1. pr. D. XXXIV. 3.
(2) Fr. 1. D. XLII, 1.-fr. 43. D. XII, 9, convinado con el fr. 2. D. XII, 2.-Arg. fr. 56. D. XLII, 1.-fr. 207. D. L. 17.
(3) Fr. 35. D. II, 17: Nihil tam naturale est, quam eo genere quid que dissolvere, quo colligatum est; ideo verborum obligatio contrario consensu dissolvitur, fr. 153, ibid. Fere quibus cumque modis obligamur hisdem in contrarium, actis liberamur, fr. 30. D. XLVI. 3.
(4) Dig. XLVI, 4.-Cod. VIII, 44.-§. 1. J. III. 29 (30). Recibe este nombre por las respuestas del acreedor á la pregunta del deudor *¿Quod tibi spopondi habes ne acceptum?-Acceptum tuli.-Gajus III*, 169.

cion (1); pero cualquier deuda por la novacion puede transformarse ó convertirse en una obligacion verbal, y extinguirse entonces por aceptilacion (2). El jurisconsulto Gallo Aquilio inventó una fórmula general para extinguir por aceptilacion toda una serie de deudas. Esta fórmula las convertia por medio de una novacion, en una obligacion verbal la cual extinguia posteriormente por aceptilacion. Esta estipulacion se llama *stipulatio aquiliana*.

§. 802. II. *Del disenso.*

El disenso (*contrarius consensus sive dissensius*), es el convenio que dos partes hacen de extinguir una obligacion que contrajeron por el simple consentimiento (3). El décimo es válido si la obligacion no se ha cumplido, *rebus integris*, porque cuando el nuevo consentimiento versa sobre el cumplimiento de la obligacion primitiva, ésta no se extingue, antes bien, se contrae una nueva obligacion (4).

(1) Fr. 8. §. 3. D. XLVI, 4.
(2) §. 1. J. III, 29 (30).
(3) §. 4. J. III, 29 (30).-D. XVIII, 5.-C. IV. 45.-fr. 35. D. L. 17.-fr. 30. D. XLVI, 3.
(4) Fr. 58. D. II, 14. En efecto, la obligacion primitiva queda extinguida por el pago (*solutione*), fr. 5. pr. §. 1. D. XVIII, 5.

INDICE ANALITICO

DE MATERIAS.

SECCION PRIMERA.

Ideas generales del derecho entre los romanos.

SECCION II.

De las personas.

CAPITULO I.

De las personas físicas.

CAPITULO II.

De las personas jurídicas.

SECCION III.

De las cosas.

Cosas fungibles y no fungibles.

A. De las cosas que no pertenecen á nadie.

SECCION IV

SECCION V.

DE LOS DERECHOS Y DEL EJERCICIO DE LOS MISMOS.

CAPITULO PRIMERO.

De los derechos en general.

CAPITULO II.

De los derechos particulares (jura singularia) y de los privilegios.

CAPITULO III

De las acciones y de las excepciones.

INSTITUCIONES.

DE DERECHO ROMANO.

PARTE ESPECIAL.

INTRODUCCION.

LIBRO PRIMERO.

De los derechos reales.

CAPITULO PRIMERO.

DE LA POSESION.

TITULO PRIMERO

De la posesion en general.

TITULO II.

De los interdictos y de la denuncia de nueva obra.

A. Interdictum retinendæ possessionis.

CAPITULO II.

DE LA PROPIEDAD

TITULO I.

Idea y naturaleza de la propiedad.

TITULO II.

De la adquisicion de la propiedad.

TITULO III.

De los derechos del propietario

CAPITULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES.

TITULO I.

Nocion y pricipios generales de las servidumbres.

TITULO II.

De las diversas especies de servidumbres.

TITULO III.

Del establecimiento y extincion de las servidumbres.

TITULO IV.

De las acciones que se refieren á las servidumbres.

CAPITULO IV.

Del enfitéusis.

CAPITULO V.

De la superficie.

CAPITULO VI.

DEL DERECHO DE PRENDA Y DEL DE HIPOTECA.

TITULO I.

Nocion y naturaleza general del derecho de prenda y del de hipoteca.

TITULO II.

De la constitucion de la prenda y de la hipoteca.

SECCION PRIMERA.

NOCIONES PRELIMINARES GENERALES.

CAPITULO PRIMERO.

Idea y division de las obligaciones en general.

SECCION II.

CAPITULO I.

Obligaciones que nacen de las obligaciones (debe ser de las convenciones.)

TITULO I.

De los contratos.

I. Obligationes quæ consensu contrahuntur.

A. Contratos nominados.

B. Contratos innominados

SECCION IV

III. Verborum obligatio.

IV. Litterarum obligatio.

TITULO II.

De los pactos.

I. Pacta ajecta.

II. Pacta legítima.

Pacta prætoria.

TITULO III.

De las transacciones.

TITULO IV.

De las convenciones para garantía.

TITULO V.

Convenciones prohibidas.

CAPITULO II.

Obligaciones que nacen de los delitos.

CAPITULO III.

Obligaciones que nacen de diversas causas

TITULO I.

Obligaciones que nacen de un contrato.

TITULO II.

Obligaciones que nacen de un cuasi contrato.

TITULO III.

De otras varias obligaciones.

SECCION III.

De la extincion de las obligaciones.

CAPITULO I.

Causas generales de la extincion.

NOTA.

Desde la página 320 á la 352 estan repetidos los §. 405 al 443, esta y otras erratas que involuntariamente se han cometido en la numeracion de los párrafos, se han salvado en el índice, para evitar confusion en las citas, y presentar aquella con el órden y relacion que deben guardar.